JOSEPHI AVERANII

V. CL. JURISCONSULTI ET IN ILLUSTRI ACCADEMIA PISANA,
DUM VIVERET, ANTECESSORIS.

INTERPRETATIONUM JURIS

LIBRI QUINQUE

IN QUIBUS MULTA CUM JURIS CIVILIS, TUM ALIORUM VETERUM
SCRIPTORUM LOCA NOVA RATIONE ILLUSTRANTUR.

MULTA ITEM EX ANTIQUITATE ROMANA GRÆCAQUE DOCTE PERTRACTANTUR

Editio Novissima

IN TRES TOMOS DISTRIBUTA, CUM INDICIBUS, ET VITA AUCTORIS

TOMUS SECUNDUS.

MACERATÆ MDCCCXXXIII.
EX TYPOGRAPHIA JOSEPHI MANCINI-CORTESII
SUPERIORUM FACULTATE.

INDEX CAPITUM

QUÆ IN TOMO SECUNDO CONTINENTUR.

LIBER TERTIUS.

LIBER QUARTUS.

Caput X. *Verba obscura intelligenda sunt juxta naturam actus, et juxta solitum, multo magis si haec fuerint quodammodo indicata. Id, quod est de natura actus, a lege suppletur, si desit, vel detrahitur, si quid abundet. Plures LL. recensentur, quibus hoc probatur.*

Caput XI. *Voluntas disponentis, si quidem manifesta sit, potius observanda, quam natura actus. Legatum vel hereditas aliter, quam juris est, dividuntur ex voluntate testatoris. In divisione cujusque rei justa proportio inter partes servanda. Exempla de ratione dividendae hereditatis proponuntur. Computatio quae constituitur a Justiniano in* L. cum quaestio 23. C. de leg. *generaliter non obtinet, at est in ea ipsa specie dumtaxat observanda.*

Caput XII. *Disputatur accurate, an regula: Ex natura contractus voluntatem agentium debemus interpretari: vincat alteram: Id quod actum fuit sequi debemus. In contractibus tria considerantur, substantia, natura, accidentia. Si quid contra substantiam actum sit, non valet, aut in alium contractum convertitur. Plura de precario. Id quod actum est praevalet, si quidem sit contra proprietatem, contra quam fieri lex non prohibet; natura actus praevalet, vel cum id quod geritur. est omnino inutile, vel cum in alium actum transformatur. Plura exempla afferuntur. In quod actum est contra accidentia semper praevalet. Haec regula pluribus aliis praeferenda.*

Caput XIII. *Quae non intelliguntur, pro non scriptis habentur. Obscuritas dispositionis versari potest vel circa personam, in quam dispositio confertur, vel circa rem, de qua disponitur. Si persona non demonstretur, inutilis est dispositio. Dispositio incerta valet, quotiescumque certa fit ex legis interpretatione, vel per electionem a lege, vel a disponente concessam. Conciliatur* L. 3. §. si duobus 7. ff. adim. leg. cum L. si fuerit 10. in princ. ff. de reb dub.

Caput XIV. *Agitur de obscuritate dispositionis, quae versatur circa rem, et eam reddit incertam. Si res neque ex certis conjecturis, neque ex natura ipsius rei, neque ex alia causa certa fiat, non valet dispositio. Plura exempla afferuntur, pluresque LL. explicantur.*

Caput XV. *Agitur de incerta quantitate. Aut incerta est sola quantitas rei, aut praeter quantitatem incerta quoque est ipsa res. Incerta quantitas vitiat solum obligationes rerum, quae numero, pondere, mensura constant. Si quantitas ex eventu certa futura sit, obligatio contrahitur. Exempla in contractibus, hereditatibus, legatis, in ipsa dote afferuntur.*

Caput XVI. *Error in quantitate actus non vitiat, et voluntas agentis servatur etiam contra scripturam. Exempla in hereditate et legatis. Error in quantitate pretii vitiat emptionem, et venditionem: in coeteris contractibus non facile obrepit. Plura de duabus scripturis diversas summas continentibus.*

Caput XVII. *In obscuris, si de voluntate non constet, quod minimum est sequi debemus tum in stipulationibus, tum in legatis, tum etiam in sententiis. Sententia pro privilegiario, et pro paupere an sit praeferenda. Confutantur argumenta, quae contra hanc regulam afferuntur.*

Caput XVIII. *Duae lectiones textus diligenter expenduntur, quae sit verior constituitur. Probatur luculenter Scaevolae responsum non fundari in favore piae causae. Quid pietatis nomine Veteres intelligerent. De pietatis officiis, quae ad commercia, et ad societatem servandam pertinent, tractabant Jcti, non vero de cultu Deorum. Favor causae piae juxta praescripta Christianae Legis is non est, ut abducamur a regula in superiore proposita.*

Caput XIX. *Eadem res pluribus legata aliquando tota omnibus debetur, aliquando uni tantummodo. Proponuntur species, in quibus unum aut alterum locum habet; atque uberrime explicantur. Plures LL. exponuntur et conciliantur.*

Caput XX. *Idem corpus bis vel pluries uni legatum, si in eodem testamento legetur, semel tantum debetur, si in duorum testamento, ex utroque peti potest. Quantitas vero legata in utroque casu multum differt. Eadem re omnibus legata, omnes concurrunt, et inter eos scinditur. Diversa autem re singulis legata, singuli integrum consequuntur: Afferuntur exempla, et accurate expenduntur.*

Caput XXI. *Proponitur regula Catoniana: Quod ab initio inutile fuit, ex postfacto non convalescit: et luculenter explicatur et exemplis ornatur. Recensentur regulae exceptiones, et earum exempla afferuntur.*

Caput XXII. *Regula in superiore proposita potissime pertinet ad contractus, in quibus initium spectatur, non vero ad legata, in quibus spectatur tempus, quo dies cedit. Afferuntur rationes differentiae inter contractus et legata, ejusque effectus recensentur. Contractus vitiosus est, qui laborat vitio intrinseco, non vero impedimento accidentali: quo remoto contractus subsistere posset. Utrumque explicatur, et exemplis exornatur.*

Caput XXIII. *In judiciis spectatur tempus rei judicatae: et quamvis ab initio inutiliter fuerint instituta, ex postfacto convalescere possunt. Quae post judicium acceptum acciderunt, in judicium non veniunt. Contractus in quibus requiritur jussus vel mandatum, quod ab initio non intervenerit, convalescunt, si ratihabitio subsequatur.*

Caput XXIV. *Regula: quae initio recte constituta fuerunt, resolvuntur, si inciderint in eum casum, a quo incipere non poterant: locum habet vel quoties res, de qua ab initio contrahi poterat, in eum casum recidit, ut de ea amplius contrahi non possit; vel si personae, quae erant ejus rei capaces, postea incapaces fiant. Utrumque explicatur, et exempla afferuntur.*

Caput XXV. *Ex superioris regulae exceptionibus conflata est alia regula contraria: quod jure gestum est, non debet retractari, licet evenerit casus, a quo inchoari non poterat: Haec luculenter explicatur.*

Caput XXVI. *Haec regula: quae initio constituta sunt, resolvuntur, si in eum casum inciderint, a quo incipere non poterant: non pertinet ad actus imperfectos, neque ad eos, qui finem et exitum suum consecuti sunt: neque ad actus perfectos, in quibus aliquid deficit, quod ad eorum substantiam et solemnitatem pertineat. Actus perfectus non retractatur, si possit expletum finem sortiri. Si vero non possit, corrumpitur et perit. Hoc evenit vel quoties res in obligationem deducta amplius praestari non potest, vel quoties persona incapax fiat illam praestandi vel acquirendi. Haec omnia uberrime explicantur, et exemplis exornantur.*

Caput XXVII. *Cum quaeritur de re in obligationem deducta, inspicitur tempus facti testamenti, si aliud comprehensum non esset. Regula et exceptio explicantur: multae LL. expenduntur.*

Caput XXVIII. *Quo tempore existere debeat conditio adjecta legato et institutioni ut recte et secundum voluntatem testatoris impleatur. An tempus ad conditionem implendam assignatum, sit infinitum, an vero certis finibus concludatur.*

Caput XXIX. *Explicatur copiose* L. si filius ff. de lib. et posth. *et doctorum hominum interpretatio confutatur. Momentum temporis, quo moritur testator, vel quo conditio impletur, non differt a momento, quo defertur hereditas, quamvis differatur acquisitio in heredibus extraneis. Inutile est testamentum, si neque filii institutio, neque exheredatio locum habeat. Conditio potestativa, quae ultimo vitae momento impleri potest, non deficit, nisi post mortem implere debentis. Conditio casualis deficit moriente eo, in quem collata est dispositio.*

Caput XXX. *Tempus extremum hominis, vitaene an morti tribuendum esset, dubitabant Philosophi: Jcti pro certo habuerunt vitae tribuendum. Haec regula proponitur, et a contrariis vindicatur.*

JOSEPHI AVERANII,

JURISCONSULTI ET ANTECESSORIS,

INTERPRETATIONUM JURIS

LIBER TERTIUS.

Caput Primum

Ad L. 1. §. Sed et si Comites 8. ff. de extraordin. cognit. et L. 4. ff. de offic. adsessor.

SUMMARIUM.

I. Affertur occasio scribendi.
II. Comites in quatuor classes distributi.
III. Qui in provinciam cum Praesidibus proficiscebantur, singulatim comites, generatim cohors appellati.
IV. Horum in numero Praefectus, qui toti cohorti praeerat.
V. Legati, qui in jure dicuntur adsessores.
VI. Adsessores omnia peragebant, quae ad juridicam et legitimam provinciae administrationem attinebant.
VII. Convictores, sive contubernales.
VIII. Apparitores, quorum nomine plura officia comprehendebantur; praecipue exceptorum, sive actuariorum et notariorum, et n. XI.
IX. Ex comitibus componebatur cohors Praetoria.
X. Refellitur sententia Cujacii putantis comites semper accipi pro assessoribus; multae leges explicantur, et n. XI. XII.
XIII. Praesidibus eorumque Comitibus supellex ex annona suppeditabatur vasarii et salarii nomine; his postea additum stipendium.
XIV. Annonae aestimationem in pecunia percipere poterant; quae lucellum dicta est. Aliud lucellum a privatis.
XV. Romam reversi munera seu beneficia accipiebant.
XVI. Comites pro salariis hypothecam non habuerunt Veteres parcissimi in hypotheca concedenda.
XVII. Ratio affertur.
XVIII. Contraria argumenta diluuntur.

1 Gravis, et plena concertationum causa fuit dudum in judicio tractata, et inter doctissimos homines acerrime disputata: an familiares Principis pro salario sibi debito haberent tacitam hypothecam: et an praeferrentur coeteris creditoribus etiam habentibus expressam, et anteriorem hypothecam. Magna doctrinae copia in utramque partem est decertatum: eo tandem redacta res est, ut quaesitum fuerit, an olim apud Romanos, Comites Praesidum, et Imperatorum hujusmodi privilegio gauderent. Cum in hoc totius causae cardo verteretur, interrogatus, quid hac de re sentirem, multa dixi, ac suppeditavi, quae ad causae defensionem facere judicabam. Atque hinc arripui occasionem scribendi de Comitibus, quae modo subjiciam.

Comitum varia fuerunt genera. Omnes 2
in quatuor classes distribuo. In prima classe pono eos, qui comitabantur Praesides, Proconsules, et alios, qui ad regendas provincias proficiscebantur. In se-

cunda eos, qui Imperatores in expeditionem prodeuntes, aut peregre proficiscentes comitabantur. In tertia eos, qui ad honorem, ac dignitatem Comitatus evehebantur. In quarta Comites, qui provincias regebant, et gubernabant, qui postremis Imperii Romani temporibus fuerunt introducti.

A primis ordiamur. Praesides multos in provinciam secum ducebant, quorum ministerio utebantur in administranda provincia. Hi singulatim Comites appellabantur: generatim, et universe cohors, seu
3 cohors praetoria. Praesidum nomine hoc omnes provincias regentes comprehendo, ut in *L. 1. ff. de off. Praesid.* omnes enim, qui universas provincias regebant, Comites habebant, seu cohortem. Imo et Legati Proconsulis suos habebant Comites. *L. si quis forte 6. §. si quos comitum ff. de poen.* ibi: *Si quos Comitum vel Legati sui reos Proconsul. invenerit.* Appellabatur autem cohors praetoria, non tam cohors ipsius Praetoris, quam omnium aliorum, etiam Consulis. In rationibus Verris, qui fuit Quaestor C. Carbonis Consulis: *Dedi stipendia, frumenta Legatis, Proquaestoribus, Cohorti Praetoriae etc.;* refert eas rationes Cic. *Lib. 1. in Verr. c. 14.* et ibi notat Ascon. *Cohorti Praetoriae, Comitibus consularibus.* Veteres enim omnem Magistratum, cui pareret exercitus, Praetorem appellaverunt: unde et Praetorium, tabernaculum ejus dicitur, et in castris porta Praetoria. Varro quoque *de Lingua Lat. Praetores dicti, qui praeirent jure et exercitu.* Praetores etiam fuerunt appellati, qui postea Consules: et Praetor maximus, qui Dictator. Liv. *Lib. VII.*

Superiora Asconii verba demonstrant cohortem praetoriam Comites Praesidis comprehendere. Cic. *Lib. 2. in Verr.* paulo post princ. *Comites illi tui delecti manus erant tuae:* et deinceps: *cohors tota illa tua, quae plus mali Siciliae dedit, quam si centum cohortes fugitivorum fuissent, tua manus sine controversia fuit.* Et infra: *Ex his causis, quas ipse instituerat in consilio, hoc est cum sua cohorte cognoscere.* Item, *auctio facta est, in qua cohors hujus invicta dominata est.* Et passim in ea oratione. Et *in epist. ad Q. Fratrem lib. 1. ep. 1. Quos vero aut ex domesticis convictoribus, aut ex necessariis apparitoribus tecum esse voluisti, qui quasi ex cohorte Praetoria appellari solent* etc. Juven. *Sat. 8. vers. 127.*

Si tibi sancta cohors comitum, si
nemo tribunal
Vendit Acersecomes

Catull. *ep.* 28.

Pisonis comites, cohors inanis.

et inde.

Ecquidnam in tabulis patet lucelli
Expensum? ut mihi qui meum secutus
Praetorem refero datum lucello
etc.

Nimirum Catullus dolet, quod ejus amici Verabius, et Fabullus, qui Cisonem Praetorem Comites erant secuti, nihil lucri facerent, sicut nec ipse, qui Memmium Praetorem secutus erat, qui postea a Caesare reus repetundarum factus est. Memmius igitur omnia, quae a provincia exigebat, sibi vendicabat, cohorti nihil dabat. Idem *in epigr.* 10. incipit *Varrus.*

Respondi id quod erat: mihi neque ipsi,
Nec Praetoribus esse, nec cohorti,
Cur quisquam caput unctius referret,

Eadem loquendi forma utitur Cicero *Lib. 2. in Verrem: ut ab illis ipse unctior discederet.* Significat autem nihil quic-

quam a Provincialibus lucri fecisse neque ipsum, neque Praetores, neque cohortem: causam deinceps affert, quia provinciales *non facerent pili cohortem*.

Doctissimus Scaliger explicat verbum *praetoribus* pro convictoribus Praetoris et congerronibus. Rectene, an secus, valde dubito. Horat. Serm. 7.

> *Persius exponit causam, ridetur ab omni*
> *Conventu, laudat Brutum, laudatque cohortem.*

4 Inter Comites Praetoris Verris Cicero recenset Praefectos, Scribas, Medicos, Accensos, Aruspices, Praecones. *Lib.* 2. *in Verrem.* Sed *epist.* 1. *ad Attic. Lib.* 6. videtur distinguere Praefectos, ad Legatos a Comitibus. *Quid dicam de illius Praefectis, Comitibus, Legatis?* Loquitur de Appio, cui ipse successerat in provinciae administratione. De Praefecto alibi etiam M. Tullius, in *Lib.* 2. *in Verr.* ubi narrat prudens Scipionis Africani responsum. *Cum ab eo*, inquit, *quidam vetus assectator; et ex numero amicorum non impetraret, uti se praefectum in Africam duceret, et id ferret moleste. Noli, inquit, mirari, si tu a me hoc non impetras: ego jampridem ab eo, cui meam existimationem caram fore arbitror, peto, ut mecum praefectus proficiscatur*, et *adhuc impetrare non possum.* Hinc constat non leve munus Praefecti fuisse, qui toti cohorti praeerat, eamque in officio continebat: ad similitudinem cohortis militaris. Saepe enim a Cicerone comparantur, ut cum nominat cohortem Verris *invictam*: cum dicit *comites illi tui delecti*, quod verbum proprie militibus convenit, quorum delectus habetur: cum ait cohortem Verris plus mali dedisse Siciliae, quam si centum cohortes fugitivorum fuissent, alludens ad bellum servile. Quocirca poterat Praefectus magnam pecuniae summam a provincialibus extorquere, et Praesidis existimationi labem inferre. Argute Scaevola Septumulejo Anagnino roganti, ut se in Asiam Praefectum duceret: *Quid tibi vis insane? tanta malorum est multitudo civium, ut tibi ego confirmem, si Romae manseris, te paucis annis ad maximas pecunias esse venturum.* Refert id Cicero *in* 2. *de Oratore.* Horum Praefectorum nusquam in jure nostro fit mentio. Papinianus quidem nominat Praefectum cohortis in *L. Praefectus* 63. *ff. de rit. nupt.* Sed ille est Praefectus cohortis militaris: auxiliares enim copiae Praefectos cohortis habebant. Et quia ibi de his agit Papinianus, idcirco confugit ad exemplum tutoris: dubitari enim poterat, an id quod fuerat interdictum iis, qui officium in provincia gerunt, comprehenderet etiam eos, qui praesunt copiis auxiliaribus: ac propterea J. C. non fundat opinionem suam in prohibitione interdicti, sed in exemplo tutoris.

Idem Cicero recenset inter Comites 5
etiam Legatos, et quidem pluribus in locis. In *Lib* 2. *in Verr. Dedi stipendia Legatis, Proquaestori, cohorti praetoriae.* Et *Lib.* 6. *epist. ad Attic. ep.* 1. de Appii Comitibus, cui successerat in administratione provinciae. *Quid dicam de illius praefectis, comitibus, legatis? etiam de rapinis? de libidinibus? de contumeliis?* Id. *Lib* 1. *epist. ad Q. Fratrem ep.* 1. *Quamquam Legatos habes eos, qui ipsi per se habituri sint rationem dignitatis suae; de quibus honore, et dignitate, et aetate praestat Tubero, quem ego arbitror, praesertim cum scribat historiam, multos ex suis annalibus posse deligere, quos velit, et possit imitari. Halienus autem noster cum animo, et benevolentia, tum vero etiam imitatione vivendi. Nam quid ego de Gratidio dicam? quem certo scio ita laborare de existimatione sua, ut propter amorem in nos fraternum etiam de nostra laboret.* De his quoque nulla in jure nostro mentio. Multa quidem habemus de Legato Proconsulis in titulo *de offic. Procons.* et ali-

bi: sed de his nihil usquam. Quamobrem quodnam esset eorum officium, haereo. Quantum tamen conjectura consequi possum, puto fuisse eos, qui in jure nostro dicuntur Adsessores, de quibus agitur in titulo *de officio Adsessorum.* Non abhorret ab hac conjectura Varronis definitio, qui *Lib.* 4. *de Ling. Lat.* Legatos ita describit: *Legati dicebantur, qui lecti publice, quorum opera, consilioque uteretur peregre magistratus.* Non dissentit Cicero *in Vatinium*, qui eos appellat *ministros consilii provincialis*, et subdit: *Quis legatos unquam audivit sine senatusconsulto?* Et in *Lib.* 2. *in Verr.* vocat eos *sodales Praetoris*: *Sodales, viri fortes, Legati tui primo anno te reliquerunt: unus Legatus P. Tadius, qui erat reliquus, non ita multum tecum fuit.* Appianus *Lib.* 1. *bell. civ. Legatos Romani appellant, quos provinciarum rectoribus addunt, ut iis subsidio sint* et Caesar *Lib.* 2. *comment. Legatos* ait *fiduciariam operam obtinere*, et *Lib.* 3. *eos omnia agere ad praescriptum* Et Cornel. Nep. *in Vita Atti-*
6 *ci* ait, *Legatum asseclam esse Praetoris. Adsessores* etiam erant ministri consilii provincialis, et socii quodammodo Praesidis: nam et ipsi adsidebant, hoc est, juxta sedebant in tractandis provinciae negotiis, et omnia fere peragebant, quae ad judicia, et juridicam et legitimam provinciae administrationem attinebant. *L.* 1. *ff. de offic. adsess.* Plures erant adsessores, ut constat in jure nostro, plures et Legati. Tres legatos Q. Fratris nominat Cicero loco supra allegato: tres etiam ad minus Legati Verris, ut modo diximus Liv. *Decernunt frequentes, ut C. Sulpicius Praetor tres ex Senatu nominet Legatos.* Cicero Proconsul in Ciliciam quatuor duxit Legatos. Studiosi juris erant Adsessores *d. L.* 1. Inter legatos Q. Fratris nominat Cicero Tuberonem, maximum eo aevo Jurisconsultum. Adsessores de publico salarium accipiebant, ut ex *L. diem functo ff. de off. adsess.* probant communiter DD. item et Legati, ut nominatim in rationibus Verris, quas supra attulimus. Neque mirum cuiquam videatur, quod Cicero semper Legatos eos nominet, nunquam vero Adsessores: hoc enim verbum eo tempore non erat usu adeo protritum: et vix unquam eo usus est M. Tullius. Sane in illa longissima oratione contra Verrem de jurisdictione Siciliensi, in qua judicia omnia Verris diligentissime expendit, et excussit, nunquam Adsessorum mentionem fecit. Atque eo amplius, quod Verres de sua cohorte judices saepenumero dabat, aut de ejus consilio judicabat. Ibi: *eum judicem, quem commodum erat, praeconem, aruspicem, medicum suum dabat.* Et infra: *Haec copia, quam dico, judicum, cohors non Q. Scaevolae, qui tamen de cohorte sua dare non solebat, sed Caji Verris. Cujusmodi cohortem putatis hoc principe fuisse?* Et rursus: *hominem innocentem a C. Sacerdote absolutum de sententia scribae, medici, aruspicisque condemnat.* Nusquam autem queritur, quod Adsessorum consilio non fuerit usus. Puto igitur eo tempore Praesidibus Legatos à senatu fuisse datos adjutores publicorum negotiorum: sed cum quidam id munus detrectarent: ut de Attico testatur Cornelius Nepos *in ejus Vita*: quidam eos maximis controversiis extorquerent a Senatu: quidam etiam repugnante Senatu eos eligerent. Cic. *in Vatinium. Quis Legatos unquam audivit sine Senatusconsulto? ante te nemo, post continuo idem in duobus prodigiis Reip. Clodius*: et pro Sextio: *Quos Legatos non modo nullo S. C. sed etiam repugnante Senatu tute tibi legasti*: Puto, inquam, munus Legati desisse paulatim, et in munus Adsessoris translatum, et pro Legatis secum duxisse Adsessores, quos ipsi Praesides eligebant: atque illis Alexandrum Severum salaria constituisse; seu ante ipsum Pescennium Nigrum, qua de re
infra. Jam vero ad alios. Comites pro- 7
grediamur. Convictores nominat Cicero

in laudata *epistola ad Q. Fratrem.* Hi et contubernales dicebantur, qui tamen in edicto Julii Caesaris a Comitibus distinguuntur. Sveton. in *Caesare c.* 42. *Sanxit ne quis Senatoris filius, nisi contubernalis, aut comes magistratus peregre proficisceretur.* Contubernales, id est, quos vocamus *Camerate.* Et huc referenda esse arbitror verba Ciceronis *Lib.* 2. *in Verr. ut quisque te maxime cognatione, affinitate, necessitudine aliqua attingebat, ita maxime manus tua putabatur.* Hi nempe erant Verris convictores, et contubernales, quos Roma secum in Siciliam duxerat, scelerum, et
8 rapinarum adjutores, et administros.

Apparitores erant, qui magistratibus apparebant, hoc est, praesto erant ad obsequium, ut ait Servius ad illud *Virgilii Lib.* 12.

> *Hae Jovis ad solium, saevique in limine Regis*
> *Apparent.*

Hoc nomen et officium comprehendebat Scribas, Accensos, Interpretes, Viatores, Praecones, Lictores, Servos publicos. *Accensi*, qui accire, et arcessere populum, aut concionem jubebantur, quod officium libertis conferri solebat, ut testatur Cicero in laudata epistola ad Q. Fratrem. *Scribae*, qui rationes publicas, leges, acta omnia describant in tabulis.

9 Ad summam hoc sit constitutum, ex Comitibus componi cohortem praetoriam; cohortem autem nihil aliud esse, quam id quod dicimus *Corte del Commissario, Corte del Principe*, Etrusco vocabulo a Latino deducto. Imo et ipsissimum Latinum: nam Latini illud aliquando contrahebant, et *chortem* dicebant pro *cohorte.* Sicut apud Latinos duplex erat hujus vocis significatio; nam et hominum collectionem significabat publicis negotiis inservientem, ut supra dicimus, et locum in domo conclusum sub dio, ut eum Martialis nominat *chortis aves*; sic et apud nos in utraque significatione accipitur vox illa *Corte.* Etiam in jure nostro *Comites, et Cohors* in eamdem sententiam accipiuntur, ut apparet jungendo *l.* 1. *cum l.* 5. *ff. de Lege Jul. repetund.* In *L.* 1. *Lex Julia repetundarum pertinet ad eas pecunias, quas quis in magistratu, potestate etc. cepit, vel cum ex cohorte cujus eorum est.* In *L.* 5. *In comites quoque judicum ex hac Lege judicium datur.* Quamobrem Cic. in *l.* 2. in Verr. de Verris cohorte: *Quidquid ab horum quopiam captum est, id non modo tibi datum, sed tua manu numeratum judicari necesse est. Nam si hanc defensionem probabitis, non accepit ipse, licet omnia de pecuniis repetundis judicia tollatis.*

Doctissimus Cujac. *Lib.* 7. *observat.* 10
c. 22. in libris nostris semper *Comites* pro Assessoribus accipi affirmat. Id utrum verum sit, valde dubito. Repugnat enim vehementer, quod in laudatis modo Legibus traditum est. Primum enim quis dixerit, cohortem comprehendere solos assessores? Cohortis nomen universam familiam continet. Praeterea cui poterit persuaderi, solos Adsessores teneri Lege Julia repetundarum? Annon et alii Comites in idem crimen possunt incurrere? In *L. eadem* 6. *ff. eod. eadem Lege tenetur, qui ob denuntiandum, vel non denuntiandum testimonium pecuniam acceperit.* Pertinet hoc ad officium Apparitoris, aut Accensi. Denuntiare enim testimonium est evocare aliquem, ut certo die compareat in judicio ad dicendum testimonium. Duo enim erant genera testium, voluntariorum, et eorum, quibus denuntiabatur testimonium: hoc est, qui in publicis judiciis vocabantur ad dicendum testimonium, quod, vellent, nollent, dicere cogebantur, postulante id accusatore. Vide Quinctil. *inst. orator. Lib.* 5. *cap.* 7. *in princ.* Plin. Caecil. *Lib.* 6. *epistola ad Ursum et L. Lege Julia* 4. *et L. inviti* 19. *ff. de testib.* Qui autem hac de causa pecunia acceperit, non solum Lege Julia repetunda-

rum tenetur, sed etiam Lege Cornelia *l. ult. ff. de concussion.* Confer amplius Leges quartam et quintam *ff. de leg. Jul. repet.* In *l. 4.* agitur de iis, quae pertinent ad officium Adsessoris, quae recensentur in *l. 1. ff. de off. adsess.* At in Lege sequenti agitur de illis, quae pertinent ad officium aliorum Comitum: et tam hi, quam illi eodem modo tenentur Lege Julia.

Non dissimile argumentum duci potest a *L. lege Julia 7. in fine ff. ad l. Jul. de vi publ.* ibi: *Item quod ad legatos, oratores, comitesve attinebit, si quis eorum quem pulsasse, et sive injuriam fecisse arguetur.* Absurdum plane esset existimare aut solos Assessores posse pulsare aliquem, eumve injuria afficere: aut eos solos teneri Lege Julia de vi, non autem alios Comites. Profecto stomacho sum imbellior, quam ut haec concoquere possim. Quid? quod in *l. si quis forte 6. ff. de poen.* tradit Ulpianus, potestne restringi ad solos Adsessores? In §. *si quos comitum* ait Ulpianus: *Si quos comitum, vel legati sui reos proconsul invenerit, utrum punire eos debeat, an successori servare, quaeri potest. Sed multa extant exempla, quae non tantum officialium suorum, nec sub se agentium, verum suos quoque servos poenae adfecerunt: quod quidem faciendum est, ut exemplo deterriti minus delinquant.* Plura in his verbis sunt observanda. *Primum*, quod hic Ulpianus agit etiam de Comitibus Legati: atqui Legatum Proconsulis Assessores habuisse nusquam legimus. Porro Alexander Severus nec Adsessores Proconsulum admodum probabat, dicens eos esse promovendos, qui per se rempublicam gerere possent, non per Adsessores; ut refert Lampridius *in ejus Vita.* Praeterea quis potest opinari in hac lege tribui facultatem Proconsuli puniendi solummodo suos, suique Legati Adsessores, si servos etiam haec dispositio comprehendit, et usque ad infimum genus hominum descendit? Tertio observanda sunt illa verba *officialium suorum, nec sub se agentium*, quae omnes comprehendunt. Officiales erant Apparitores, aliique quorum ministerio Praeses, vel qui potestatem habebat, utebatur ad exequenda decreta, res judicatas, edicta. Paulus *lib. 5. sentent. tit. 12. de jure fisci. Quoties sine auctoritate judicati officiales alicujus bona occupant, vel describunt, vel sub observatione esse faciunt, adito Procuratore injuria submovetur.* Agit hic de officialibus Procuratoris fisci, qui ab Imperatoribus *Caesariani* nuncupantur in *l. prohibiti 6. C. de jure fisci.* Sed et Praesidum ministri officiales dicebantur, qui perpetui erant. *L. Praesidis 34. ff. de reb. cred.* ubi legendum: *qui*, non *quia*: non omnes enim officiales perpetui erant. Officium dicitur ab Ulpiano in *l. 1. in fin. ff. de quaestion. Potes itaque decreti gratiam facere, et eum (servum) per officium distrahi jubere:* Officium enim pro officialibus saepe dicebant. In passione S. Mammertis: *Solusque Praeses cum suo officio illaesus remansit.* Et in Vita SS. Agapis etc. *Videns ergo Praeses, se ab officio suo esse contemptum*: *et* infra: *dicam me ita ab officio meo ludibrio habitum l. si plus 74. §. 1. ff. de evict.* juncta *l. si pigra 50. ff. eod. l. officia 4. C. de cohortal.* Sicut ministerium pro ministris Paulus in *l. 4. §. quod si urbana ff de pen. leg. Urbica ministeria dicimus, et quae extra urbem nobis ministrare consueverunt.* Lamprid. in Commodo: *Patris ministeria seniora submovit, amicos senes abjecit.* Trebell. *in Claudio: Tantum ministeriorum quantum nos ipsi nobis per singulas quasque civitates decernimus.* Jam vero illa verba *sub se agentium* possuntne esse magis generalia? Exempla quoque, quibus movetur Ulpianus, non pertinent ad Adsessores, sed ad omnes. Certe Cicero cum nusquam inter Verris Comites nominaverit Assessores, ait: *Si in hominibus eligendis nos spes amicitiae fefellerit, ut vindicemus,*

missos faciamus. Atqui haec verba referuntur ad Volcatium, qui non erat Adsessor Verris. Et infra acerrime in Verrem invehitur, quod in Volcatium non animadvertit: Praesides enim Comites delinquentes aut puniebant, aut dimittebant. Sveton. *in Neron. cap.* 5. de patre ipsius Neronis ait: *Siquidem comes ad orientem C. Caesaris juvenis, occiso liberto suo, quod potare, quantum jubebatur, recusaret, dimissus e cohorte amicorum nihilo modestius vixit.* Denique observandum, propositam in hac Lege quaestionem minus habere dubitationis in Assessoribus, quam in aliis Comitibus, quia Assessores, cum ex ea provincia esse non possint, *l.* 3. *ff. de Offic. adsess.* non debere servari successori admodum probabile est, cum abeunte Praetore aut Praeside ipsi quoque de provincia decedant. Ad alias Leges expendendas progrediamur.

In *l. Senatusconsulto* 16. *ff. de offic. Praesid. Senatus consulto cavetur, ut de his quae provincias regentes, comites aut libertini eorum, antequam in provinciam venerint, contraxerunt, parcissime jus dicatur; ita ut actiones, quae ob eam causam institutae non essent posteaquam quis eorum ea provincia excesserit, restituantur.* Quis potest dubitare, quin hoc Senatusconsulto comprehendantur omnes Comites, cum complectatur etiam libertinos? Quid causae est, cur id tribuatur solis Assessoribus, non etiam aliis Comitibus, qui Praesidi ad regendam provinciam sunt necessarii, et reipublicae operam impendunt? Recte Cicero in aurea illa ad Q. Fratrem epistola Praesidi necessarios esse dicit Apparitores: sine his enim neque justitia, neque provincia potest administrari. Ergone his ministerium, quod reipublicae praestant, debet esse damnosum? Observandum est enim, quod hic non agitur de aliquo privilegio et lucro captando, sed de damno vitando et non amittendis actionibus. Num id minus merentur Apparitores, quam Assessores? Imo multo magis: nam multo facilius est Assessoribus etiam absentibus in judicio se defendere per procuratores, et actiones, quae tempore periturae sunt, intendere, quam Apparitoribus. Neque quisquam putet, in Senatusconsulto Apparitores expressos fuisse nomine libertinorum, secundum id quod a Cicerone traditur in laudata epistola: *non temere, nisi libertis suis deferebant, quibus illi quidem non multo secus ac servis suis imperabant.* Etenim ibi Cicero loquitur de Accenso, cujus munus erat multo dignius, et ideo libertis deferri solebat. Praeterea id in usu fuisse refert apud majores, non autem tum temporis, et apparet ex toto verborum complexu, fratrem ejus hoc munus non detulisse libertis suis. Denique si quis non elegisset ad haec officia libertos suos, vel quod haberet, vel quod non haberet idoneos: num idcirco ejus Apparitores frui non debuissent hoc beneficio, quod non conditioni personarum, sed justissimae absentiae causae tributum fuit? Ergone quod liberti non essent, absentiae suae damnum pati debebant: et impensae operae in utilitatem, et commodum reipublicae? Libertinos igitur adjecit Senatusconsultum, ut comprehenderet etiam eos, quos secum ducebant Praesides ad usum domesticum, et rem familiarem administrandam, de quibus Cicero in laudata epistola: *quos vero aut ex domesticis convictoribus, aut ex necessariis apparitoribus tecum esse voluisti.* Domesticos convictores appellat, quia domi simul cum Praeside vivebant et pascebantur. Ac verisimile est, solitos fuisse ad domestica ministeria exercenda ducere libertinos; servis enim munia sordida, ac vilia committebant; libertinis digniora, et saepenumero hac de causa servos manumittebant, ut iis ad haec officia uterentur. Hinc saepe in danda libertate onus imponebant praestandi operas patrono.

Occurrit modo explicandum Jurisconsulti responsum in *l. administrantes* 41.

§. *eorum ff. de excus. tut. Eorum, qui reip. causa absunt, comites, qui sunt intra statutum numerum, de tutela, quae absentibus, aut profecturis delata est, excusantur.* Soline Assessores excusantur a tutelis? Quid Praefecti? quid Medici? quid Haruspices? Ergone Romani, qui omnia auspicato gerebant, indignos excusatione judicabant Haruspices? Sed res est procul ab omni controversia. Dilucide enim id declarat J. C. illis verbis: *comites, qui sunt intra statutum numerum.* Qui sunt isti? nempe omnes, qui non erant supra numerum statutum a legibus. Nimirum ne esset in facultate Praesidis, cuicumque libuisset, a publicis oneribus immunitatem praebere: et ne quicumque, vel negotii sui gerendi, vel oblectationis suae, vel amicitiae gratia cum Praeside proficiscebatur, gauderet illis privilegiis, quae absentibus Reipublicae causa tribuebantur, certus numerus Comitibus erat statutus. Valerianus Imperator in *epistola*, quam refert Trebellius in *Claudio*: *Sane scias tantum ei a nobis decretum salarii, etc. tantum ministeriorum, quantum nos ipsi nobis per singulas quasque decernimus civitates.* Et in alia epistola ad *Procuratorem Syriae* decernit eidem Claudio *notarium unum, venatores duos, carpentarium unum, curatorem Praetorii unum, aquarium unum, piscatorem unum, dulciarium unum, balneatorem unum, mulionem unum.* En! qui sunt intra statutum numerum. Justinianus in *l.* 1. §. *et in officio* 3. *C. de offic. Praef. Praetor. Africae. Et in officio quidem tuae magnitudinis, nec non pro tempore viri magnifici Praefecti Praetorio Africae trecentos nonaginta sex viros per diversa scrinia, et officia militare decernimus. In officiis vero Consularium ac Praesidum quinquaginta homines per singula officia esse sancimus.* In *l.* 2. *C. de apparit. Procos. et leg. Apparitioni tuae, et legatorum quadringentos censuimus deputandos de his dumtaxat, quos esse sibi detractos reipublicae membra non queruntur.* In *l. un. c. de apparit. Comit. Orient. In officio comitis Orientis non amplius, quam sexcenti apparitores habeantur, quos quidem publicis necessitatibus novimus abunde suppetere.* Ergo non infinita facultas dabatur, quoscumque vellent Apparitores habendi, sed eos dumtaxat, qui necessitatibus publicis possent sufficere. Hinc Cicero vocat eos necessarios Apparitores. Nec poterant eligi, qui alicui ministerio reipublicae erant addicti. *d. l.* 2. Quamobrem vel ad aerarium deferri vel in commentarium Principis referri debebant, ut gauderent privilegiis eorum, qui reipublicae causa aberant. *l. abesse* 32. *ff. ex quibus caus. major.* Qui erant supra statutum numerum, illis non gaudebant, quia navare operam reipublicae non videbantur.

Supersunt aliae duae Leges, in quibus agi de Assessoribus non improbabiliter dici potest: Prima est *l.* 4. *ff. de Assess.* Glossa ibi *Comites* exponit *Assessores*, de quibus agitur in eo titulo. Sed in his, quae pertinent ad antiquitatem, et reconditarum literarum cognitionem, Glossa parum habet auctoritatis. At consentit Cujacius. Et quidem tanti viri auctoritas ipsa me frangeret. Sed cum semper in jure nostro Comitum nomine intelligendos esse solos Assessores sine ulla haesitatione pronunciaverit, quod falsum esse hactenus demonstravi; non existimo temerarium esse, ab ejus sententia etiam in hujus Legis explicatione recedere. Itaque non sum alienus a sententia Joannis et Angeli, qui etiam hic omnes Comites putant comprehendi. Quid enim causae est, cur verbum generale ad solos assessores restringamus? Nempe quia in hoc titulo de assessoribus agitur. Sed quid prohibet etiam de aliis Comitibus agi, si in illis eadem sit ratio, idemque jus constitutum? Si verba generalia Legum ad rubricam, cui subjecta sunt, semper restringere velimus, et explodere ea omnia, quae ab ea aliena, non modicam partem juris civilis ex-

pungemus. Quod autem etiam hac Lege alii Comites praeter Assessores comprehendantur, probari potest per *l. Sed addes.* 19. §. *cum quidam ff. Locat.*, *„ Cum quidam exceptor operas suas „ locasset, deinde is, qui eos conduxerat, decessisset, Imperator Antoninus cum Divo Severo rescripsit ad „ libellum exceptoris in haec verba: „ cum per te non stetisse proponas, quominus locatas operas Antonio Aquilae solveres, si eodem anno mercedes ab alio non accepisti, fidem contractus impleri, aequum est.* Subinde Ulpianus ad confirmandum hoc Imperatorum rescriptum, subjicit responsum Papiniani de Comitibus, quod habetur in nostra *l. 4. ff. de assess.* per eadem verba. Hinc apparet, quod illud Papiniani responsum de Comitibus pertinet etiam ad Exceptores.

41 Exceptores erant Apparitores, et de coborte praetoria. Erant enim Scribae, qui excipiebant, et scribebant verba, et dicta loquentis ea celeritate, ut velocitatem dicentis assequerentur. Notis enim quibusdam utebantur, quae σημεῖα a Graecis, hoc est, signa vocantur. Ea invenisse Ciceronem refert Plutarchus: Maecenatem Dion Cassius. Harum notarum, et signorum, quae *siglas* dicebant, meminit Justinianus *in l. ult.* §. *eadem poena* 22. *C. de veter. jur. enucl.* Ab his notis dicebantur etiam *Notarii.* Titus Imperator in hac arte erat exercitatus in primis. Sveton. *in ejus Vita cap.* 3. *E pluribus comperi, notis quoque excipere velocissime solitum, cum amanuensibus suis per ludum jocumque certantem imitari chirographa, quaecumque vidisset: ac profiteri saepe, se maximum falsarium esse potuisse.* Hi autem Exceptores scribebant acta judicum, et acta Praesidum. Modestin. in *l. inter eos* 33. §. 1. *ff. ex quib. caus. major. Eos, qui notis scribunt acta Praesidum, reipublicae causa non abesse, certum est.* Anastasius Imper. in *l. in sacris scriniis* 12. §. *modum. C. de prox. sacr. scrinior. Jubemus pro editione actorum exceptoribus dimidiam solidi partem dari.* In *l. ult.* §. *ult. C. de Castrens. et ministerian. Advocato quoque fisci, exceptoribus etiam, qui apud arbitros hoc utuntur officio, tertiam duntaxat solidi partem praebituros.* Legebant praeterea acta Praesidibus D. Augustin. *contra Crescon. lib.* 5. *cap.* 29. *Legantur acta. Zenophilus Consularis dixit: Legantur; et legit N. exceptor ea, quae Diocletiano imperante acta fuerant.* Quocirca dicebantur etiam *ab actis*, hoc est, Actuarii. Sveton. *in Julio cap.* 55. *Orationes aliquas reliquit, inter quas temere quaedam feruntur: ut pro Q. Metello, quam non immerito Augustus existimat magis ab actuariis exceptam, male subsequentibus verba dicentis, quam ab ipso editam.*

Erant ergo Exceptores Actuarii, Notarii, Scribae. Scribae autem erant inter Comites Praesidis, et in cohorte praetoria; erant enim ex Apparitoribus. Cic. *lib.* 3. *in Verrem. de scriba ipsius Verris, cui quinquagesima deducta erat ex pecunia, aratoribus solvenda pro frumento. Sin autem et populus id voluit, et aequum est solvi aratoribus, tuus apparitor parva populi mercede conductus praedabitur?* Et infra. *Qui in civitate C. Catoni, clarissimo viro, consulari homini HS. XVIII. millibus lis aestimata sit; in eadem civitate apparitori tuo esse concessum, ut HS. uno nomine tredecies auferret?* Alii legunt *quatuordecies*, tanti enim erant quinquagesima, quam Scriba Verris deduxerat. Scribam etiam comparat aliis Apparitoribus. *Quamobrem enim scriba deducat, ac non potius mulio, qui advexit? tabellarius, cujus adventu certiores facti petiverunt? praeco, qui adire jussit? viator, ac Venerius, qui fiscum sustulit?* Erant enim Scribarum Decuriae, ex quibus Scribae Magistratuum desumebantur: et Praesidum Scribae rationes conficiebant, ut apparet ex

Imo oratione, et maxime ex epistola ejusdem Ciceronis *lib.* 5. *ad fam. epist.* 20. quae tota est de rationibus confectis a M. Tullio Laurea Scriba Ciceronis. Decuriam autem emebant, ut in eam referrentur, sicuti emebantur aliae militiae, de quibus alibi diximus. Id. Cic. *in ead. Orat. Noli hos colligere, qui nummulis corrogatis de nepotum bonis, ac de scenicorum corollariis cum decuriam emerunt, ex primo ordine explosorum in secundum ordinem civitatis se venisse dicunt.* Sugillat hic Scribam Verris, quem ipse in concione annulo aureo donaverat. Secundus enim ordo civitatis est equester, ad quem non pauci Scribae perveniebant.

Hoc videntur fuisse deterioris conditionis Exceptores Scribis, qui rationes conficiebant, quod hi salarium habebant a publico. Cic. supra: *tuus apparitor parva populi mercede conductus.* Exceptores autem non semper id consequebantur, ut constat ex *l. exceptores C. de numerar.* Nimirum quia multi non erant adscripti militiae, sed in provincia, hujus erant, hoc munere fungebantur. Coeterum quod Exceptores etiam salarium a publico perciperent, et scholam haberent, et ordine promoverentur ad primiceriatum seu principatum scholae et officii, probant evidenter. *l.* 1. §. *in schola exceptorum C. de offic. Praef. Africae l. ult. C. de apparitor. Praef. Praetor. l.* 2. *C. Theodos. de numer. et actuar.* et hoc salarium gaudebat praerogativa castrensis peculii *l. ult. C. de castrens. pecul. mil. et praefect.* Sed de salario infra dicemus.

12 Superest *l.* 1. §. *sed etsi comites ff. de extraord. cogn. Sed etsi comites salarium petant, idem juris est, quod in professoribus placet.* Non intelligo, cur restringi debeat ad solos Assessores. Non est id quidem improbabile propter comparationem professorum: sed tamen necessarium non est. Neque enim comparat Comites professoribus quoad exercitium et munus: sed quoad cognitionem causarum. Videlicet, quod quemadmodum Praeses cognoscit de causis professorum, de quibus hactenus dixerat; ita cognoscit de causis Comitum: non quod eadem omnino sit in utrisque ratio: sed quod idem modus cognoscendi in utrisque servatur. Nam et de nutriciis idem extra ordinem jus dicit. *d. l.* 1. *in fin.* et de usu aquae, et de rivis, et de equis alienis a sciente possessis *l.* 2. *ff. eod.* et in multis aliis causis, quas generatim attingit Callistratus in *l.* 5. *eod.* Quae nihil commune habent cum professoribus, et Assessoribus. Hoc amplius, si etiam iis, qui non sunt professores extra ordinem jus dicit, ut ludimagistris, librariis, notariis, tabulariis *d. l.* 1. §. *Ludi quoque,* cur non et Comitibus? Annon etiam inter Comites sunt librarii, notarii, et tabularii? Ergone jus dicet coeteris, non iis, qui sunt ex cohorte praetoria? Ecquid causae est, cur dicere debeat jus nutricibus, et tot aliis, qui sunt omnino diversi generis, non autem suis Comitibus, quos ipsi respublica dedit adjutores publicorum negotiorum? Ita describit eos Cicero in *laudata epist. ad Q. Fratrem.* Quid Medici? Quid Haruspices? an erunt deterioris conditionis illi, qui sunt in ministerio Praesidis, quam coeteri omnes, qui privatis locant operas suas. Porro in laudata *l.* 1. in antecedenti §. 7, excluduntur solum opifices, seu artifices artium, quibus proprie merces debetur; de mercedibus autem non cognoscit Praetor aut Praeses, sed solum de salariis *l. qui mutuam* 56. §. *salarium ff. mand. l.* 1. *C. eod. l. creditor* 52. §. *inter venditorem ff. de Act. Empti.* Comitibus autem salarium debetur: et ideo extraordinaria cognitione peti debet.

Expositis cunctis Legibus, quae ad 13
Comites pertinent, de eorum salario pauca subjiciamus. Cic. *Lib.* 5. *ad Attic. epist.* 10. *Adhuc sumptus nec in me aut publice aut privatim, nec in quemquam comitum. Nihil accipitur Lege Julia; nihil ab hospite: persuasum est*

omnibus meis, serviendum esse famae meae. Legem Juliam tulit Julius Caesar Consul cum Bibulo anno DCXI. qua inter alia cautum erat, ut Praesidibus, et eorum Comitibus foenum, et alia iter facientibus necessaria ministrarent. Idem Cic. *epist.* 16. *ejusd. lib. Levantur tamen miserae civitates, quod nullus fit sumptus in nos, neque in legatos, neque in quaestorem, neque in quemquam. Scito, non modo nos foenum, aut quod Lege Julia dari solet, non accipere, sed ne ligna quidem, nec, praeter quatuor lectos et tectum, quemquam accipere quidquam: multis locis ne tectum quidem, et in tabernaculo manere.* Et *epist.* 21. *Cave putes quidquam homines magis unquam esse miratos, quam nullum teruncium, me obtinente provinciam, sumptus factum esse, nec in Rempublicam, nec in quemquam meorum, praeterquam in l. Tullium Legatum: is, coeteroqui abstinens, sed Julia lege transita, semel tamen in diem: non ut alii solebant, omnibus vicis, praeter eum semel, nemo accipit.* Respublica, enim magistratibus in provinciam proficiscentibus subministrabat mulos, tabernacula, supellectilem, annonam. Cic. in *Agrar. contra Rullum.* 11. *Dat praeterea potestatem verbo praetoriam, etc. deinde ornat apparitoribus, scribis, librariis, praeconibus, architectis: praeterea mulis tabernaculis, centuriis, supellectile: sumptum habuit ex aerario, suppeditat a sociis, etc.* Deinceps: *Quid me ista laedunt, scriba, lictor, praeco, pullarius?* Hi erant de cohorte praetoria. Quoad tabernacula idem Cicero in *Pison. prope finem: Pellium nomine omnem quaestum illum domesticum, paternumque renovasti.* Quaestor enim ex aerario pecuniam accipiebat, tum etiam a provincialibus tributorum, et vectigalium nomine exigebat. Praetor, autem per mancipes ea omnia suppeditabat tum sibi ipsi, tum suis Comitibus, tum etiam militibus, quibus militaris annona dabatur. Cic. *eod. loco*, objurgat Pisonem, quod pecuniam acceptam ab aerario Romae in quaestu reliquisset. *Nonne sestertium centies, et octogies, quod quasi vasarii nomine, in venditione mei capitis adscripseras, ex aerario tibi attributum, Romae in quaestu reliquisti.* Hanc pecuniam per suum Scribam Praetor in rationes referebat; quas ex Lege Julia in duabus civitatibus ejus provinciae, quam administraverat, perscriptas relinquere tenebatur, et Romae reversus ad aerarium referre. Et post relatas rationes intra mensem deferre etiam nomina Comitum, et contubernalium. Cic. *in epist.* 20. *lib.* 5. *Liberum enim mihi tempus ad eos deferendos existimabam dari: postea certior sum factus, triginta diebus deferri necesse esse, quibus rationes retulissem.* Et paulo ante: *Scito a me et tribunos militares, et praefectos, et contubernales, dumtaxat meos delatos esse.* Contubernales, seu Comites duntaxat suos se detulisse profitetur, non tribunorum: nam et ipsi Comites habebant. Haec lucem afferunt responso Modestini in *l. abesse* 32. *in fin. ff. ex quibus caus. major.* ibi: *qui ad aerarium delati, aut in commentarium principis relati sunt.* Delati ad aerarium Comites magistratuum dicebantur, qui ab ipso magistratu deferebantur: hoc enim verbo proprie utebantur, ut ex superioribus Ciceronis verbis apparet. Relati in commentarium principis, qui in eo describebantur, quod nos dicimus, *mettere, e scrivere al ruolo del Principe.* Delati autem in aerarium quibusdam beneficiis fruebantur, de quibus infra. Hinc etiam intelligimus ejusdem J. C. responsum in *l. seq.* §. 1. id enim exponi debet de Comitibus, qui non sunt ad aerarium delati. Horum exemplum apud Ciceronem *lib.* 1. *in Verrem. Accepi vicies ducenta, triginta quinque millia quadringentos XVII. nummos: dedi stipendia; frumenta, legatis, proquaestoribus, cohorti praetoriae HS. mille sexcenta, triginta quinque millia, qua-*

dringentos XVII. nummos: reliqui Acimini HS. sexcenta millia. Sed hoc exemplum singulare fuit, et acriter a Cicerone reprehensum. Olim igitur supellex et annona Praesidibus ejusque Comitibus suppeditabatur, Lamprid. *in Alexandro Severo. Judices cum promoveret exemplo veterum, ut et Cicero docet, et argento, et necessariis instruebat; ita ut Praesides provinciarum acciperent argenti pondo vicena, phialas senas, mulos binos, equos binos, vestes forenses binas, domesticas singulas, balneares singulas, aureos centenos, coquos singulos, et, si uxores non haberent, singulas concubinas etc. reddituri deposita administratione mulas, mulos; muliones, et coquos: coetera sibi habituri, si bene egissent: in quadruplum reddituri, si male.* Morem igitur veterem renovavit Alexander, nisi quod vasario et salario veteri addit stipendium. Idque deinceps fere semper fuit ab Imperatoribus usurpatum, ut patet ex epistolis Valeriani apud Trebellium *in Claudio*, de quibus supra mentionem fecimus, et ex aliis scriptoribus Historiae Augustae. Primus Augustus, cum antea locarentur mancipibus ea, quae Praesidibus publice attribuebantur *auctor fuit, ut proconsulibus ad mulos, et tabernacula, quae publice locari solebant, certa pecunia constitueretur.* Sunt verba Svetonii *in Augusto. cap.* 36. Postea Pescennius Niger ad Antoninum, et Commodum scribens consuluit, ut adderent consiliariis salaria, ne eos gravarent, quibus assidebant: dicens, Judicem nec dare debere, nec accipere. Ita Spartianus *in Piscennio Nigro.* Dubitandum tamen, an hujusmodi consilium valuerit apud eos Imperatores; nam Lampridius hoc tribuit Alexandro *in ejus Vita*: *Assessoribus salario instituit, quamvis saepe diceret, eos esse promovendos, qui per se rempublicam gerere possent, non per assessores.*

14 His efficitur tam Comites, quam Praesides ipsos salarium, et omne lucrum a publico percepisse. Id autem primum vasarii nomine percipiebant, et cibariorum. Cic. *lib.* 4. *in Verr. Neminem, qui cum potestate, aut legatione in provinciam esset profectus, tam amentem fore putaverunt, ut emeret argentum: dabatur enim de publico: ut vestem, praebebatur enim legibus: mancipium putaverunt, quo et omnes utimur, et non praebetur de populo.* Et supra ex Lampridio probavimus. Id. Cic. in laudata *epist.* 20. *debes existimare eo minus ad te, vel de tuis cibariis, vel de mea liberalitate pervenisse.* Cibaria dixit Cicero: nostri annonam vocant. Annona autem comprehendit panem, carnem, oleum, vinum, sal, aliasque species, quas vocabant species cellarienses, hoc est, quae ex cella penaria promebantur. Item *capitum*, hoc est, pabula animalium, de quibus omnibus in toto *tit. C. Theodos. de erogat. milit. annon.* Pro his speciebus poterant et pretium juxta fori nundinationem accipere *l. procuratores* 32. *C. Theod. de erog. milit. annon.* Lucellum hoc dicitur a Catullo in epigr. supr.

Ecquidnam in tabulis datur lucelli
Expensum? ut mihi qui meum sequutus
Praetorem refero datum lucello.

Erat et aliud lucellum, quod vel a volentibus provincialibus, ipsis impertiebatur, vel permissu Praetoris ab ipsis exigebant, vel ex sua negotiatione percipiebant. Cic. *Lib.* 3. *in Verr. Age, quid tum? Si Apronio, deliciis Praetoris, lucelli aliquid jussi sunt dare, putate Apronio datum, si Apronianum lucellum, ac non praetoria praeda vobis videbitur.* Probat deinceps, tam immanem summam, non Apronii lucellum esse potuisse, sed praedam Verris Praetoris socios expillantis, et provinciam diripientis. Catullus, qui Memmium Praetorem in Bithyniam secutus erat, distinguit id, quod de publico acceperat, ab

eo, quod in provincia natum dicitur: et queritur, neutro se locupletatum. Nam cum provinciales Memmium odissent, non pili faciebant ejus cohortem. Praesertim vero, quia Praetor ipse quaestum facere volebat, adeoque mala provincia inciderat Catullo. Quare Romam reversus Praetor, a Caesare fuit postulatus repetundarum. Itaque Praetores avari, qui omnia sibi arrogabant, aut nihil, aut minimum lucelli Comitibus et cohorti relinquebant. Itaque etiam Pisonis cohors a Catullo inanis dicitur, quia cum Piso provinciales vexasset, et provinciam exhausisset, ut refert Cicero in *Pison. prope fin.* non cum quaestu compendioque dimissa est: nec quicquam a provincialibus abradi potuit, cum ipse Praetor immodicum honorarium extorsisset. Cic. *Qui modus tibi fuit frumenti aestimandi? qui honorarii? Siquidem potest vi et metu extortum honorarium nominari.* Igitur Provinciales honorarium Praetori, aliquid etiam lucelli cohorti ejus attribuere solebant.

15 Tertio Romam reversi cum a Praetore, vel Praeside ad aerarium delati fuerant, ex eo beneficia accipiebant. Cic. in saepe laudata *epistola ad Rufum. Quod scribis de beneficiis, scito a me et tribunos militares, et praefectos, et contubernales dumtaxat meos delatos esse.* Et paulo post. *Sane moleste tuli, non illa beneficia tuae potius ambitioni reservata esse, quam meae, qui ambitione nihil uterer.* Et infra: *genus enim horum beneficiorum definitum lege non erat.* Beneficia haec puto fuisse vacationes, quae a fisco solvebantur. *Tacit. lib.* 1. *Histor. Sed Otho ne vulgi largitione centurionum animos averteret, fiscum suum vocationes annuas exoluturum promisit: rem haud dubie utilem, et a bonis postea Principibus perpetuitate disciplinae firmatam.* Et non multo post de Vitellio. *Vacationes centurionibus ex fisco numerat.* Haec beneficia dicuntur solatia in *l. quatuor* 23. *C. Theod. de palatin. sacr. largitionum.* Sunt autem solatia, seu beneficia, quae solvuntur ex officio exeuntibus, non stipendii causa, sed remunerationis ob gestum officium, vel ab Imperatore in die aliquo solemni beneficentiae, ac liberalitatis ergo donantur, quae proprie vocabant strenas, nos *mance. In l.* 4. § 1. *C. de advoc. diversor. judicum.* dicuntur *puncti solatia*, nempe munuscula, quae solebant largiri imperatores, quae notata erant in scriniis Praefecti Praetorio. A punctis enim derivatum est *expungere*, et *dispungere*, quod significat rationes putare et pariare, seu pares facere, ac delere *l. in omnibus* 13. §. 1. *ff. de divers. temp. praescr. l. si statu libera ff. de statu lib. l. complures ff. de reb. aut. jud. possid.* et stipendia expungere est privare militem stipendiis *l. ex causa ff. de re militari.* Et expungere nomen debitoris: delere nomen. Plaut. in *Cistell.*

Nunc, quod reliquum restat, volo persolvere,
Ut expungatur nomen, ne quid debeam.

Contrarium *pungere* erit, in rationes referre: quod tamen non est in usu. Erat tamen usitatum nomen puncti: *puncta* enim dicebantur suffragia singulorum civium in comitiis, quia punctis notabantur. Cic. in 2. *Tuscul* et in *orat. pro Plancio*, et *pro Murena.* Hinc. Horat. in *art. poet.*

Omne tulit punctum, qui miscuit utile dulci.

Sed ad solatia revertor. Erant igitur munuscula, quae conferri solebant iis, qui dimittebantur, aut promovebantur, ob bene navatam operam reipublicae, quae et beneficia dicebantur Utitur hoc verbo non in dissimili casu, id est, tutelae, Callistratus in *l. a tutoribus* 33. §. *ult. ff. de admin. tut.* Idem verbum in *l.* 3. *C. de agent. in reb.* ubi statui-

tur, haec solatia transire ad successores, si per mortem vacaverit officium: et in *l. ult. C. de silentiar.* ubi peculii castrensis jus eis confertur: Etrusce dicimus *paraguanto*. Hinc dicti Beneficiarii. *Tert. Beneficiarii, qui muneribus vacabant beneficio*. Vegetius tamen inter milites beneficiarios ait esse illos, qui beneficio tribunorum promovebantur, qui et Promoti dicebantur, ut in *C. Theodos.* Sed ad rem nostram. Habemus beneficiarios Praesidum, Proconsulum, et aliorum Magistratuum, qui ipsis apparebant, et quorum ministerio utebantur in perquirendis reis, qui et officiales dicebantur, ut constat ex duobus edictis Maximini relatis ab Eusebio.

16 Haec paulo uberius exposuimus, tum ut Leges juris nostri ad Comites pertinentes, non admodum accurate a nostris explicatas, declararemus: tum ut propositam controversiam et discrepationem de hypotheca et praelatione dirimeremus. Etenim a qua Lege, aut in cujus bonis haec hypotheca fuit usquam in jure nostro constituta? Nulla Lex est, quae Comitibus hanc tribuat hypothecam: ac ne vestigium quidem ullum, vel minimum hujus hypothecae apparet in toto jure civili. Nula sunt bona, in quibus haec hypotheca potuerit a jure constitui. Sola Legis auctoritate tacitum, ac legitimum pignus inducitur: et quia plerumque contra voluntatem domini inducitur, Leges in eo concedendo valde restrictae fuerunt. Tribuit Lex hypothecam in invectis, et illatis in praedium urbanum a conductore, sed ex tacita, ac praesumpta conventione contrahentium *l. 4. ff. de pact.* quasi id tacite convenerit inter locatorem, et conductorem *l. 4. ff. in quib. caus. pign. tac. contr.* Cum enim solerent locatores in locatione domorum sibi cavere de invectis, et illatis, Lex hanc consuetudinem quotidianam confirmavit, et statuit competere hanc hypothecam, etiamsi de ea nominatim non convenisset; quia quae moris sunt, et consuetudinis, in contractibus bonae fidei habentur pro expressis *l. quod si nolit. 31. §. quia assidua 20. ff. de aedilit. edict.* Et cum dubitaretur, an in provinciis idem jus obtineret, Justinianus ad eas extendit in *l. ult. C. in quibus caus. pign. tacit. contr.* idque non sine causa: *tali enim*, ut ipse sit, *justa praesumptione omnes nostros perpotiri declaramus.*

Fiscus quoque habebat tacitam hypothecam *l. aufertur 46. §. fiscus ff. de jure fisci l. 3. C. de privileg. fisci.* eademque Caesari tributa fuit. *l. 6. in fin. ff. eod.* Sed utrique propter publicam utilitatem, ut onera publica sustinere possint, et armis tueri rempublicam, et pacis artes promovere. Veteres enim parcissimi fuerunt in largienda hypotheca, cum id vergat in praejudicium aliorum creditorum, et nonnisi gravissima de causa concedebant. Justinianus fuit aliquanto liberalior, eamque doti concessit *l. in rebus 30. C. de jure dot. §. fuerat. Inst. tit. de act. l. un. §. 1. C. de rei uxor. act.* sed in hac publica causa versatur *l. 1. ff. sol. matr.* et legatariis, quae nemini tamen prejudicium affert. *l. 1. C. commun. de legat.*

Sed neque veteres, neque ipse Justinianus tacitam hypothecam cum praelatione Comitibus usquam dederunt. Nec ulla erant bona, in quibus hypotheca legitime, ac recta ratione constitui posset. Cum enim de publico, ac de aerario salaria Comitibus essent attributa, numquid in pecunia ipsius aerarii, aut in publicis vectigalibus hypotheca erat constituenda? At hoc neque ratio, neque publica utilitas patiebatur. Fiscus enim habet tacitam hypothecam cum praelatione in bonis suorum debitorum: non contra, creditores eam habent in bonis fisci. Poterat eis dari in bonis mancipum, qui salaria Comitibus suppeditanda redimebant. Sed in his tacitam hypothecam habebat fiscus, non Comites cum mancipe contrahebant, sed quaestor: nec manceps Comitibus, sed quaestori, ac fisco, seu aerario publico obligabatur, *l. ult. C.*

quo quisque ordine. Maximo argumento est, quod cum primipilo impositum esset onus solvendi salaria, et annonas militibus: non solum ejus omnia bona erant tacite obligata, sed etiam quod est omnino singulare, dos uxoris, et filiorum bona, etiamsi parentum non sint heredes. *l. ult. C. de primip. L. Satis notum C. in quib. caus.* Sed non sunt obligata ipsis militibus, sed fisco. *laud. LL.* Si salarium militum armatae militiae, in qua reipublicae salus continetur, non habet hoc privilegium, multo minus habere debent milites togatae militiae Praesidis, hoc est, Comites pro suo salario.

18 At enim, ajebant advocati Comitum, de salario Comitum cognoscit extra ordinem ipse Praeses, sicut de salario professorum *l. 1. §. Sed etsi comites ff. de extraord. cog.* Salarium Comitum habet jus castrensis peculii *l. ult. C. de castrens. pecul. omn. palat.* Etiam diem functo Praeside salarium residui temporis debetur. *l. diem functo 4. ff. de assess.*

Sed quid haec omnia commune habeant cum hypotheca et prelatione, non intelligo; Cognoscit extra ordinem Praeses ac Praetor et de usu aquae, et de medico, qui morbum protrahendo compulit aegrum ad vendendam sibi possessionem *l. 2. et. 3. ff. de extraord. cogn.* Num idcirco ex his causis competit hypotheca, aut datur praelatio? De multis aliis causis extra ordinem cognoscitur, ut in *d. tit.* habetur, pro quibus non datur hypotheca. Jus castrensis peculii cum hypotheca conjunctum esse nusquam legimus. Etiam donatio Principis habetur pro castrensi peculio *l. cum multa 7. C. de bon. quae lib.* et tamen nusquam legimus, pro ea dari tacitam hypothecam. Jus castrensis peculii in eo positum est, ut filiofam in totum acquiratur §. 1. *Instit. tit. per quas pers. cuique acquir. l. 3. C. de castr. pecul. milit.* et quod in eo pro patrefam. habeatur *l. 2. ff. de S. C. Maced.* non in eo, quod habeat hypothecam, quae nulla Lege ei datur. Denique quod diem functo Praeside Comitibus residui temporis salarium debeatur, nihil ad hypothecam. Annon aequum erat, ut qui Roma proficiscebantur ad Praesidem adjuvandum in publicis negotiis, et sua ipsi negotia, et lucra deserebant, totius temporis salarium perciperent, si non aliis eo tempore Comites fuerint? *d. l. diem functo ff. de assess.*

CAPUT II.

Ad Easdem LL.

SUMMARIUM.

I. Secunda Comitum classis. Imperatorem extra urbem sequentium.
II. Inter hos praecipui contubernales, qui et amici et familiares: ac Comites intra palatium.
III. Comites intra Consistorium, sive Consistoriani, quos imperator consulebat.
IV. Consistorii locus, ubicumque Princeps cum Consistorianorum consilio pronunciat.
V. Comitum ingens numerus: in tres classes distributus.
VI. Comites etiam distributi in varios ordines officiorum.
VII. Comes dispositionum: alii Comites.
VIII. Comes scholarum, qui palatium custodiebat.
IX. Hypotheca nulli concessa.
X. Comes sacrarum largitionum, Comes rei privatae.

Hactenus prima Comitum classis. Sequitur secunda eorum, qui Imperatorem vel Roma proficiscentem, ac perigrinantem, vel in expeditionibus comitabantur. 1
Hi dicebantur Comites Imperatoris: aliquando etiam amici: aliquando amici et Comites, seu amici vel Comites. Horum consilio atque ope republicam administrabant, rescribebant, de jure, causas judicabant, necessaria quaeque expediebant. Sveton. *in Tito cap. 7. Convivia instituit jucunda magis, quam profusa. Amicos elegit, quibus etiam post eum Principes, ut et sibi, et reipublicae necessariis acquieverunt, praecipueque sunt usi.* Memorat ante convivia, ut puto, quia amicos hosce in contubernium adsciscebant. Lampridius *in Adriano: Optimos quosque de Senatu in contubernium imperatoriae majestatis adscivit.* Que-

madmodum etiam Praesides amicis, et Comitibus utebantur convictoribus Cic. *epist.* 1. *ad Q. Fratrem*: *Quos vero aut ex domesticis convictoribus*; *aut ex necessariis apparitoribus tecum esse voluisti.* Hos appellat contubernales *in epist.* 20. *lib.* 5. *Scito a me et tribunos mil. et praefectos et contubernales dumtaxat meos delatos esse.* Igitur etiam amici Comites erant: Sed amici utebantur contubernio Imperatoris, et convivebant:
2 alii Comites non item. Ideo fere semper junguntur *amici*, et *Comites*; sed primo loco amici nominantur, quia familiares Imperatoris et contubernales. Spartian. *in Adriano*: *Cum judicaret, in consilio habuit non amicos solum suos, et comites*: *Sed etiam Jurisconsultos*, *et praecipue Iulium Celsum*, etc. Lamprid. *in Alexandro*: *injuriam nulli umquam amicorum, comitumve fecit.* Familiares etiam dicebantur. Spartianus *in Trajano*, ubi de Adriano scripsit: *Post quaesturam acta Senatus curavit, atque ad bellum Dacium Trajanum in familiaribus secutus est*: *quandoquidem et vino indulsisse se dicit Trajani moribus obsequentem*, ut docte corrigit Salmasius. Coeterum etiam Consules habebant suos contubernales. Cic. *pro P. Syll. Lucius ille Torquatus cum esset meus contubernalis in consulatu.* De Praesidibus non potest dubitari. Idem *pro Caelio*: *Profectus est in Africam Q. Pompejo contubernalis*: Idem *pro Planco*: *Adolescentulus cum A. Torquato profectus est in Africam*: *Sic ab illo dilectus est, ut et contubernii necessitudo*, *et adolescentuli modestissimi pudor postulabat* et in Bruto: *Qui se illi contubernalem fuisse dicebat* Sveton. *in Caesare cap.* 2. *Stipendia prima in Asia fecit M. Thermi Praetoris contubernio*: *a quo ad arcessendam classem in Bithyniam missus*, *etc.* In veteribus inscriptionibus fit mentio Comitum intra palatium, et Comitum intra consistorium. Comites intra pelatium erant Comites contubernales seu amici Imperatoris, qui in palatio habitabant.

Comites intra consistorium erant, qui 3
in consistorio Principi adsidebant. Consistorium erat Synedrium seu consessus Imperatoris, unde qui in consistorio adstabant imperatori, consistoriani dicebantur. *In l.* 5. *C. Theodos. de fide test. et instrum. Pars actorum habitorum in consistorio adstante Jovio viro clarissimo Quaestore*: *Anatolio Magistro officiorum Felice Comite S. L. Imperator Julianus A. dixit* Et in *l.* 8. *eod. Pars actorum habitorum in consistorio apud Imperator. Gratianum, et Valentianum.* Consulebat consistorianos Imperator, ipse autem decernebat: ut apparet in his Legibus, et in *l.* 2. *C. de excusat. muner. Inductis* (hoc est in consistorium) *Firmino et Appollinario*, *et coeteris principalibus Antiochiensium adstantibus Sabinus dixit*, et coetera *Diocletianus dixit.* In L. *decurionum* 12. *C. de paen. Impp. Diocletianus et Maximianus A. A. in consistorio dixerunt. Decurionum filii non debent bestiis subjici*; *cumque a populo exclamatum esset, iterum dixerunt*: *vanae voces populi non sunt audiendae*; *nec enim vocibus eorum credi oportet, quando aut noxium crimine absolvi, aut innocentem condemnari desiderant.* Videtur hoc actum fuisse in ipso theatro, ut recte animadvertit Gothofredus; consistorium enim est, ubicumque Princeps cum consilio consistorianorum pronuntiat, ac decernit: Sicut jus dicitur, ubicumque Praetor salva majestate imperii sui salvoque more majorum jus dicere constituit *l. jus pluribus* 11. *ff. de just. et jur.* Lampridius *in Alexandro Severo*: *Negotia, et causas prius a scriniorum principibus, et doctissimis juris peritis, et sibi fidelibus, quorum tunc primus Ulpianus fuit, tractari ordinarique, atque ita referri ad se praecepit. Leges de jure populi, et fisci moderatus, et infinitas sanxit*; *neque ul-*

lum constitutionem sancivit sine viginti juris peritis, et doctissimis, et sapientibus viris, iisdemque disertissimis non minus quinquaginta: ut non minus in consilio essent sententiae, quam senatusconsultum conficerent. Vide sic, quanta cura negotia tractaret, et Leges conderet hic Imperator.

His probe constitutis, perspicnum est,
5 Imperatores non solum peregre proficiscentes, et in expiditionibus Comites habuisse, sed etiam Romae eos retinuisse, eorumque consilio rempnblicam administrasse. Cum autem crevisset eorum numerus, qui in commentarium Principis referebantur, qnod nos dicimus, *essere al ruolo del Principe*: eorumque magna dignitas esset; eos omnes in tres classes distribuebant. Erant enim Comites primi ordinis, secundi ordinis, tertii ordinis. Videtur autem id a Tiberio institutum, licet plerique putent a Constantino. Sveton. *de Tiberio cap.* 46. *Una modo liberalitate ex indulgentia vitrici prosecutus, cum tribus classibus factis, pro dignitate cujusque primae sexcenta sextertia, secundae quadringenta distribuit, ducenta tertiae, quam non amicorum, sed gratorum appellabat.* Vides infimam esse tertiam, dignissimam primam. Lamprid. *in Severo. Moderationis tantae fuit, ut amicos non solum primi, et secundi loci, sed etiam inferiores aegrotantes viseret.* Amicos, id est, Comites. *Purgaverat enim palatium, comitatumque omnem abjectis ex aulico ministerio cunctis obscaenis, et infamibus, quos Heliogabalus ex genere hominum turpissimo provexerat: nec quemquam passus est esse in palatinis, nisi necessarium hominem.* Cum enim alii ante eum Imperatores, ac praecipue Heliogabalus multos palatinis adscripsisset homines nequam, et qui ullo usui erant, neque ullum praestabant servitium, sed honoris tantum, et salarii percipiendi causa in commentarium principis relati erant: ipse *jurejurando constrinxit, ne quem adscriptorum, id est, vacantium haberet, ne annonis rempublicam gravaret, dicens, malum pupillum esse Imperatorem, qui ex visceribus provincialium homines non necessarios, nec reipublicae utiles pasceret.* His efficitur etiam, tum salarium Comitum in annonis constitum. Licet enim Angustus in pecunia solverit, ut supra diximus, tamen Tiberius pecuniae parcus ac tenax ad sola cibaria retraxit. Sveton. *in Tiberio cap.* 46. *Pecuniae parcus ac tenax Comites peregrinationum, expeditionumque nunquam salario, cibariis tantum sustentavit.*

Distribuebantur etiam Comites in varios ordines officiorum domus augustae. 6
Primum enim quatuor erant scrinia palatii, memoriae, epistolarum, libellorum, dispositionum *l.* 3. *et* 4. *C. de proxim. sacror. scrinior.* Instituta autem fuisse videntur ab Augusto, suggerente Maecenate, propter multitudinem negotiorum, quae ab eo tractabantur: ita ut ipse epistolas scriberet ea diligentia, curaque, ut adderet etiam momenta horarum diei, vel noctis, quibus signatae fuissent: ut refert Sveton. *in ejus Vita cap.* 50. Dion. *lib.* 52. *sub fine.* In scrinio memoriae militabant viri quinquaginta duo, in aliis triginta quatuor, qui memoriales dicebantur *l. hac parte* 10. *C. de prox. sacr. scrin.* Qui ipsis praeficiebatur, et erat caput, et princeps officii, dicebatur Magister scrinii; qui huic proximus erat, dicebatur proximus scrinii. *l.* 1. *C. de magistr. sacr. scrin. l.* 1. *et toto tit. C. de proxim. sacr. scrin.* Errare videtur Cl. Salmasius, qui putat, eumdem fuisse magistrum, et proximum: nam in *C. Justin.* distincti sunt tituli *de Magistr. sacr. scrin. et de Proxim. sacr. scrin.* Praeterea in *l. unic. C. de Magistr. sacr. scrin.* privilegium, quod ab Imperatoribus conceditur magistris sacrorum scriniorum, extenditur ad proximos. Ibi: *Hoc beneficium ad proximos etiam sacrorum scriniorum, et ex proximis volumus propagari.* Item in *l.* 1. *C. Theodos. de Magist. scrin.*

statuitur, magistros scriniorum praeferri. Vicarianae potestati, cui exaequantur proximi scriniorum *l.* 2. *l.* 4. et passim *C. Theod. de proxim. comit. caeteri-*
7 *sque etc.* Illud animadvertendum, quod princeps dispositionum proprie non dicebatur magister dispositionum, sed Comes dispositionum. *l. proximos C. de proxim. sacr. scrinior. et in rubr. C. Theod. de proximis comitibus etc.* Ubi a proximis scriniorum distinguitur Comes dispositionum: quamquam in *l.* 2. *ejusdem tituli* etiam ipse vocatur magister: qui tamen dignitate minor erat magistris aliorum scriniorum, et exaequabatur proximis *d. l.* 2. juncta *l.* 1. *C. Theodos. de magistr. scrinior.* Horum opera semper est usus Alexander Severus. Lamprid. *in ejus Vita. Post meridianas horas subscriptioni, et lectioni epistolarum semper dedit operam, ita ut ab epistolis, et libellis, et a memoria semper assisterent; nonnunquam etiam, si stare per valetudinem non possent, sederent, relegentibus cuncta librariis, et iis, qui scrinium gerebant etc.* Spartian. *in Pescen. Nigro in fin. Cum hoc ei et Praefecti suggererent, et officiorum magistri.* Magistri officiorum iidem, qui magistri scriniorum. Trebell. *in Claudio. Hanc autem epistolam ipse dictasse perhibetur: ego verba magistri memoriae non requiro.* Lamprid. *in Alex. Nam et consiliarius Alexandri, et magister scrinii Ulpianus fuisse perhibetur.* Et paulo ante: *Negotia et causas prius a scriniorum principibus, et doctissimis jurisperitis, et sibi fidelibus, quorum primus tunc Ulpianus fuit, tractari ordinarique, atque ita referri ad se praecepit.*

Erant praeterea Comites rei privatae, sacrarum largitionum, sacri palatii, sacri patrimonii, de quibus agitur in propriis
8 titulis Codicis Justinianei *lib.* 1. Vix potui risum continere, cum in primarii advocati consulatione legi Comitem scholarum, de quo *in l.* 3. *C. de offic. magistr. Off.* esse dapiferum, vel architriclinum, qui summa cura nitebatur parare epulas principi ea diligentia, qua scholares student in scholis. Schola erat ordo militantium. qui palatium custodiebant. *Suid. in verbo* ὑπεράριθμος *et in verbo* σχολάριοι Erant 3500. ex praestantissimis Armenis in scholas divisi, et ideo huic magistro parebant, ac uberius coeteris militibus salarium percipiebant. Idem tradit Procopius in *Historia anecdota.* In Orientis imperio scholae erant undecim, ut constat ex *l. ult. C. de locato.* In Notitia Imperii orientalis octo tantum recensentur: quatuor scutariorum, duae gentilium, una armaturarum, alia agentium in rebus. Sed his addendae sunt aliae tres, una silentiariorum, duae equitum, ac peditum domesticorum. Ex quibus duae tantummodo erant inermes, silentiariorum, et agentium in rebus; reliquae omnes armatae singulae parebant suo Comiti, omnibus autem imperabat magister officiorum. Initio quidem octo dumtaxat scholis, de quibus modo diximus: nam scholam silentiariorum ipsi subjecit Zeno Imperator in *l.* 4. *C. de silentiar.* Scholis autem domesticorum peditum, equitumque videtur imperasse magister militum, ut apparet ex inscriptione *l. un. C. de venat. ferar.* Sed de scholis obiter. Erant et alii quamplurimi Comites, de quibus in nostro Codice, et in C. Theod. Sicut et aliae scholae non solum palatinae, quae in imperio occidentali erant septem, sed etiam in provinciis, ut constat ex scholis praefecti Praetorio Africae, quae recensentur in *l.* 1. *C. de off. Praef. Praet.* Sed hae nihil ad palatinas.

Veniamus jam ad tacitam hypothecam, cujus causa suscepta est omnis haec disputatio. Enim vero nihil quicquam occurrit in toto jure civili, quamobrem suspicari debeamus, hanc hypotecam Comitibus, et palatinis fuisse concessam. De his, eorumque dignitate, privilegiis, praerogativis, salario annonis, latissime, exactissimeque agitur in primo Libro Codicis Justinianei, nec non in tribus ulti- 9

mis Libris; itemque in Codice Theodosiano fere per totum: nec usquam haec illis hypotheca conceditur; nusquam ejus fit ulla mentio; nusquam ipsius vestigium apparet. Quis igitur erit tam temere audax, ut ipsam pro arbitrio velit introducere? Jam vero quid causae esse poterat, cur Imperatores contra seipsos concederent hujusmodi privilegium iis, quos ad excelsam dignitatem evehebant: quos annonis et salario sustentabant? Porro invenio ab his exactam fuisse ab Imperatoribus satisdationem in *l. privatae* 14. *C. de murilegul. l. ultima C. Th. de diversis off.* At Imperatores ipsis satisdedisse nusquam lego.

Denique quaenam bona huic hypothecae obnoxia esse dedebant: aerariine, an fisci? Utrumque adeo absurdum, ut nihil magis. Imperatores duplex patrimonium habebant, publicum, et privatum. Illud proprie aerarium: hoc fiscus appellabatur. Plin. *in Panegyr.* haec recte distinguit. *Fortasse non eadem severitate fiscum, qua aerarium cohibes? Imo tanto majore, quanto plus tibi licere de tuo, quam de publico credis* *l.* 2. §. *hoc interdictum C. ne quid in loc. publ. l. procurator. C. de edend. l.* 4.
10 *C. de numerar.* Ærario praeerat Comes sacrarum largitionum: fisco Comes rei privatae. Comes sacrarum largitionum habebat sub se decem scrinia: palatinos quingentos quadraginta sex. Comes rei privatae, seu privatarum largitionum scrinia quatuor, palatinos trecentos *l. Salutari* 16. *et l. seq. C. Theodos. de palatinis sacrar. largit et red. privat.* Sed haec post Constantinum. Antea sub regibus, et constituta republica pecuniam publicam administrabant Quaestores. Postea Praefecti aerarii creati, qui aerario praeessent, tum ad Praetorios, praetoresve transivit hujusmodi munus, et aerarii cura, mandante id Augusto. Claudius autem ipsam collegio Quæstorum reddidit. Nero praetura perfunctos, et experientia probatos delegit. Sed rursus non multo post Praefectis aerario restituta, ut constat ex *l. quidam* 12. *ff. de his quae ut indig. et l.* 4. §. *Si bona ff. de fideic. libert. L. Senatus* 15. §. *quod si l. Arrianus* 42. *ff. de jure fisci.* Constantinus autem novos hoc magistratus creavit, Comitem sacrarum largitionum, et Comitem rei privatae, penes quos totius pecuniae publicae cura erat et administratio: ad hos enim omnia tributa, et vectigalia provinciarum, et pecunia, quae ex bonis publicatis et vacantibus redigebatur, et ex aliis imperii reditibus deferebatur, et ab ipsis in necessitates imperii erogabatur. Videndi Sveton. *in Augusto c.* 36. *in Claudio cap.* 24. Tacit. *Annal. Lib.* 13. *circa med.* Dion. *Lib.* 54. Summa illuc pertinet, ut intelligamus, aerarium quidem et fiscum habere tacitam hypothecam in bonis privatorum, privatos autem non habere in bonis fisci, cujus creditores erant palatini a quo annonam, vestes argentum, strenas percipiebant. *l. olim* 11. *C. Theodos. de palatin. sacr. largit.*

CAPUT III.

Ad Easdem LL.

SUMMARIUM.

XVI. Equites et liberti officio Procuratoris Caesaris functi.
XVII. Comites annonam de publico habebant, ipsi a Provincialibus exigebant. Caeteros reditus exigebat Procurator Caesaris, et n. 19.
XVIII. Caesaris mandato annona et salaria Comitibus militaribus assignabantur. Elegans hujus rei testimonium.
XIX. Procurator Caesaris pecunias collectas erogabat juxta mandata.
XX. Species ipsae exigebantur, non aestimatio, quod obsolevit.
XXI. Postea salaria adaerare licuit, imo et stellaturas: stellaturae olim vetitae: postea permissae.
XXII. Stellaturae unde dicantur.
XXIII. Modus exigendi annonas.
XXIV. Comes thesaurorum publicae pecuniae in Provinciis curam agebat.
XXV. Comites et administratores nullam hypothecam habebant contra Imperatorem vel fiscum.

1 Supersunt Comites tertiae classis, qui ad honorem et dignitatem comitatus evehebantur. Horum tres ordines: Comites primi ordinis: Comites secundi ordinis: Comites tertii ordinis. Eorum dignitas comitiva dicebatur: itaque comitivae erant primi, secundi, et tertii ordinis. Comites primi ordinis rursus in tres classes erant distributi. Alii enim comitivam primi ordinis obtinebant simul cum administratione provinciae, de quibus in *l. un. C. Theod. de comit. qui provinc. regunt. et l. un. C. Theod. de comit. qui illustr. et l.* 1. 2. *et* 3. *C. Theod. de Comit. rei militar.* Alii dicebantur *vacantes*, quibus comitivae dignitas conferebatur pro praemio bene administratae provinciae, de quibus in *l. un. C. de com. vacant.* Alii pretio vel gratia comitivam impetrabant, qui aliis postponebantur, quia licet unum nomen sit, tamen est meritis aestimandum *d. l. un. C. Theod. de comit. vac.* Ex qua lege constat, quod dignitas honoraria semper cedit dignitati, quae meritis quaesita fuit, etiamsi haec tempore posterior sit *h. l. et l. ult. C. Theod. de honor. codic. et l. ult. C. Theod. de primicerio, et Notar. Cassiodor.* 6. *variar. formul.* 10. *et* 16. Hoc autem ad Doctores ex privilegio maxime pertinet.

2 De hac comitiva primi ordinis passim tum in C. Justinianeo, tum in C. Theodosiano. Eam non omnes eodem modo consequebantur. Quidam eam ipso jure obtinebant, statim ac aliquod munus, aut officium ipsis a principe conferebatur, quia illis haec dignitas erat annexa, ut illis qui provincias regendas susceperant *l. un. C. de comit. qui provincias reg.* ut Comites AEgypti, et Ponticae Dioeceseos, qui principes erant inter Comites *l. un. C. de Comit. et Tribun.* Comites Scholarum *d. l. un. l.* 1. *C. Theod. eod. tit.* Adsessores Praefecti Praetorio, *l. un. C. Theod. de Comit. qui illustrib.* Comites rei militaris *l.* 1. *et* 2. *C. de com. rei milit.* Alii eam obtinebant ob meritum, dum munus injunctum laudabiliter exequebantur, ut archiatri *l. un. C. Theod. de Comit. et archiatris l. ult. C. de profess. et medic.* et illi qui in aliqua arte excellebant *l. un. C. Theod. de Comit. ord. primi art. div.* Professores Urbis Constantinopolitanae, qui post vicesimum annum eam consequebantur *l. un. C. Theod. de professor. qui in urbe Const. l. un. C. eod. tit. in C. Justin.* Alii denique eam consequebantur munere jam perfuncti, cum illud deponebant: ut principes agentium in rebus. *l. principes*, 6. *C. de princ. ag. in rebus, et l. un. C. de vacat. publ. mun.*

De comitiva secundi et tertii ordinis 3
mentio fit in *l. pro biennio* 17. *et seqq. C. Theod. de proxim. comit. disposit. l. in numero* 8. *C. Theod. de agent. in reb. l. quicumque* 127. *C. Th. de decurion.*

Erat et alia distinctio Comitum, quod 4
alii provincias regebant, et provincialibus praeerant: alii praeerant militibus, quibus provinciam tuebantur: et hi Comites rei militaris dicebantur *l.* 1. *et* 2. *C. Theod. de comit. rei milit.* et *C. Justin. l.* 1. *et* 2. *eod. tit.* Hujusmodi erant Comites limitanei, qui limites imperii defendebant. Nam Augustus rerum potitus, provincias cum populo divisit, et ut milites sibi obsequentes haberet, eas provincias tuendas sumpsit, quae barba-

rorum incursionibus erant expositae, et novem limites imperii constituit, et in illis viginti quinque legiones collocavit ad reprimendos hostium impetus, et continendas in fide provincias. Alios limites, aliasque legiones addiderunt Claudius, Vespasianus, Trajanus, et constituti sunt limites quatuordecim, et ad eos tuendos legiones triginta quinque. Quamquam Dion *lib.* 55. tredecim tantum limites recenseat imperante Alexandro. Hisce legionibus ac militibus imperabant ac praeerant Comites, aut Duces; in Oriente duo Comites militares: Leo auxit usque ad quinque, additis tribus aliis limitibus: Duces in oriente tredecim, qui postea aucti fuerunt. In occidente octo erant Comites, qui occupatis sub Honorio Hispaniis a Vandalis, et Alanis, et Illyrico sub Theodosio juniore ab Attila, ad sex tantummodo redacti fuerunt.

Comites militares alii erant primi, alii secundi, alii tertii ordinis, quos ita distinxit Constantinus referente Eusebio in *lib.* 4. *c.* 1. *de vita Constantini*; et Comites primi ordinis erant ducibus digniores, ut erat Comes AEgypti, et alii. Sed postea comitivae dignitas ducibus etiam attributa. Tandem aucta ducum dignitas, Comitum imminuta. Duces enim toti provinciae praeerant, Comites singulis civitatibus: cujusmodi sunt hodie nostri Comites. Comites, qui erant secundi aut tertii ordinis, Comites minores appellantur in *l. omnem C. Theod. Ne comit. et trib. lavacr. praestent.* et Comites inferiores, ut in *l. seq. d. tit.* quibus privata succendi balnea prohibentur in duabus illis Legibus et in *l. un. C. Just. Ne rei milit. Com. etc.* quae ex duabus illis Legibus a Triboniano fuit consarcinata. Solis itaque Comitibus et magistris militum provinciales balneas privatas succendere tenebantur, hoc est, ligna conferre ad eas succedendas. Nam magistri militum erant Comites primi ordinis. Tribuni enim et Duces aliquando Comitis dignitate decorabantur, sed secundi aut tertii ordinis. Itaque qui in *l.* 1. *C. Theod. de com. et tribun.* dicuntur minores Comites, et junguntur cum tribunis, illi in *l. un. C. Just. eod. tit.* junguntur cum ducibus, et in *l.* 2. *C. Theod. eod. tit.* nomen inferiorum Comitum ad Duces refertur. Erat autem tribunus inferior duce, et tribunatus erat gradus, per quem ad ducatum ascendebatur. Commodi Imperatoris epistola relata a Spartiano *in Pescen. Pescennium fortem virum novi: ei etiam tribunatus duos dedi: ducatum mox dabo.* Capitolin. *in duob. Maximin. Quid tantum laboras, cum ejus loci jam sis, ut ducatum possis accipere? dixisse fertur, ego vero quo major fuero, tanto plus*
laborabo. Erat autem tum Maximinus 6
tribunus quartae legionis. Probabile igitur est, tribunos fuisse Comites tertii ordinis: duces secundi: magistros militum primi. Lamprid. in Alexandro: *jussit, ut ante tribunum milites quatuor ambularent, ante ducem sex, ante legatum de-*
cem. Vides ordinem et gradum dignita- 7
tum. In locum autem Legatorum postea subrogati fuerunt magistri militum. Vegetius *lib.* 2. *de re milit. cap.* 9. *Legati Imperatoris ex consularibus ad exercitum mittebantur, quibus legiones, et auxilia universa obtemperabant in ordinatione pacis, vel necessitate bellorum, quorum loco nunc illustres viros constat magistros militum substitutos.* Itaque magistri militum Comites erant primi ordinis. Atque ideo semper ipsis adjungitur titulus Comitis, et nominantur Comites, et magistri, ut in *l. secuti* 8. *C. Theod. de metatis. in l.* 1. *ne com. et tribun. et inscriptione l.* 8. *C. Th. de re militari l. juniorum* 18. *de tyron. l. qui sine* 16. *de desertor. l. mi-*
litarib. 128. *de decurion.* Magistri mi- 8
litum initio duo tantum fuerunt, alter peditum, equitum alter: iisque Constantinus omne jus in milites concessit, quod antea habebat Praefectus Praetorio. Zosim. *lib.* 2. Theodosius eorum numerum auxit, et demum facti sunt quinque in

oriente, duo in occidente. Zosim. *lib.* 4. Justinianus quoque alterum addidit, sublato Armeniae Comite in *l. ult. C. de off. mag. militum.* Ab his tamen appellari poterat, puto ad Praefectum Praetorio *l. ult. C. de his qui per met. jud. non appell.* Illud monendum, quod magistri militum occidentis dicebantur *praesentales. l. penult. C. de apparit. mag. mil.* quia in comitatu Principis manebant, eique praesentes erant.

9 Supersunt Comites quartae classis, qui provincias regebant, et gubernabant. Horum princeps erat Comes orientis, qui provinciis quindecim imperabat, et habebat sexcentos apparitores, ut Theodosius et Arcadius definiverunt in *l. un. C. de apparit. comit. orient.* Zosim. *lib.* 5. *post. princ. Comitis orientis magistratus ea potestas est, ut qui eum gerit, omnibus provincias orientis administrantibus praesit, et quaecumque non aguntur, ut par est, corrigat.* Id autem non est omnino verum; nam Praefectus Praetorio orientis imperabat, et praeerat provinciis quadraginta novem, ut constat ex *Notitia Imper. Orient.* Comes autem orientis solummodo provinciis quindecim, videlicet quinque consularibus, octo praesidalibus, duabus perfectissimo-
10 rum, hoc est, Arabiae, et Isauriae, quae perfectissimos judices habebant. Potitorerum Augusto, qui cum populo partitus est provincias, illae in tres classes divisae fuerunt; in praesidales, legatorias et proconsulares. Lamprid. in *Alexandro : Provincias praetorias praesidales plurimas fecit, proconsulares ex Senatus voluntate ordinavit.* Provinciae praetoriae, et praesidales erant legatoriae. Legatoriae enim erant illae, in quas Imperator Legatos mittebat, qui Legati Caesaris in jure nostro dicuntur. *L.* 1. *ff. de offic. Praesid. l. Legatus* 20. *ff. eod. l. hos accusatores* 12. *ff. de accusat. l.* 4. *ff. de off. assessor. l. diem functo* 20. alias *l. Sed addes* 19. *in fin. ff. Locati l. non est* 7. *ff. de man. vind.* In eas autem mittebant aut viros consulares, aut praetorios cum consulari potestate, et hae provinciae consulares appellabantur. Si non cum consulari potestate mitterent, ut solebant in minores provincias, in quas aut praesides, aut procuratores mittebant, illae manebant praesidales: et qui eas regebant, praesides, vel procuratores et praesides simul nominabantur. Itaque Pilatus, qui Judaeae procurator erat, ab Evangelistis aliquando praeses, aliquando procurator dicitur. Nam procuratores Caesaris alii causas tantum fiscales cognoscebant, et tributa, et vectigalia in provinciis exigebant; et hi nec provincias regebant, nec merum imperium habebant: alii vice Praesidum mittebantur, et hi provincias administrabant, et imperium habebant *l.* 2. *C. de poen. l.* 11
non valet 4. *C. ad l. Fab. de plagiar.* Provinciae vero, quae ordinabantur a populo, et in quas praesides mittebat Senatus, omnes erant proconsulares, quia qui eas regebat, proconsul dicebatur, cui Legatus ab eodem Senatu dabatur. Itaque provinciae Imperatoris consulares dicebantur, et aliquae etiam praesidales, seu praetoriae provinciae, populi omnes proconsulares. Sed jure populi extincto, et Senatui ablato, provinciae proconsulares esse desierunt. Enim vero Probus Imperator jus Senatui restituit. Vopiscus in *ejus vita*: *Permisit patribus, ut ex magnorum judicum appellationibus ipsi cognoscerent, proconsules crearent, Legatos consulibus darent, jus praetorium praesidibus darent.* Quae verba meo judicio nihil aliud significant, quam Probum provinciarum administrationem Senatui restituisse: adeoque permisisse, ut in provincias proconsulares, proconsules mitterent: in legatorias, legatos cum jure consulari: in praesidales praesides cum jure praetorio.

Perfectissimi ad minorum provincia- 12
rum administrationem deputabantur. Haec dignitas codicillis ab Imperatore conferebatur *l. un C. de perfectis. dign.* Hi equitibus digniores fuisse videntur, ut apparet ex *l.* 1. *C. Theod. de his,*

qui ven. aetat. impetr. Quamquam Valentinianus in *l. un. C. de equestr. dign.* post Senatores secundum gradum tribuat equitibus. Perfectissimus erat Praeses Arabiae tempore Constantini, ad quem rescripsit Imperator in *l. cum reis* 18. *C. de poen.* ut constat ex ejus Legis inscriptione THEODORO V. P. PRAESIDI ARABIAE: hoc est, viro perfectissimo. Item Praeses Dalmatiae, ut constat ex *notit. Imper. Orient.* et Praeses Isauriae, qui inter clarissimos non recensetur. Hi quoque in tres classes divisi erant primi, secundi, et tertii ordinis, ut constat ex *l. scriniis* 7. §. 1. *C. de palatin. sacr. largit.* Praesides fuisse perfectissimos ordinis primi, dubitandum non est: cum scrinii auri ad responsum Primicerius esset perfectissimus ordinis primi *d. l.* Ex perfectissimis quidam erant etiam Comites in *l.* 2. *c. Theod. de bon. vac. Breves eorum plenissimos ad virum perfectissimum comitem, et amicum nostrum mitti.*

13 Praesides etiam, et qui provincias regebant, Comitis dignitate decorabantur, et quidem primi ordinis *l. un. C. de Comit. qui provinc. reg.* Sed illis tantum Praesidibus, qui ab Imperatore mittebantur ad administrandam provinciam, haec dignitas conferri solebat: accedebat enim plerumque illis, qui erant in mi-
14 nisterio principis. Ad hos referri potest etiam Comes privatarum rerum divinae domus. Licet enim provincias non gubernaret, tamen in illis magna auctoritate pollebat: universum enim patrimonium principis administrabat, et agros per totum orientis tractum existentes curabat *l. hi quibus l. omnes l. pen. C. de fund. patrimon. l. universi C. de fund. rei privatae*, et omnibus titulis a *tit.* 58. *usque ad fin. Lib.* 11. Hic dicebatur etiam rationalis, et magister rei privatae *l. pen. C. ubi causa stat. ag. deb.* et procurator Caesaris *l.* 1. *ff. de offic. proc. Caesaris*: item curator *l. ult. ff. eod.* vel procurator privatae rationis *l. procurator C. de edend.* et Comes rei dominicae *l. ult. C. de fund. et saltib. rei domin.* et Comes aerarii privati *l. ult. C. de locat. praed. civil. l.* 3. *C. de bon. vacant. l. ult. C. de petit. bon. sublat.* Hujus amplissimam jurisdictionem late explicat Cassiodorus *in* 6. *in comit. priv.* praeter causas enim fiscales cognoscebat etiam de causis status *l. penult. C. ubi caus. stat. agi deb.* de jure sepulcrorum, de causis incestus *l. qui contra C. de incest. nupt.* Cassiod. *ibid.* de corruptis judicibus *Novell.* 124. §. 2. Tacit. *Lib.* 12. *annal. cap.* 60. *prope fin. de Claudio Imperatore*: *Eodem anno saepius audita vox principis: parem vim rerum habendam a procuratoribus suis judicatarum, ac si ipse statuisset: ac ne fortuito prolapsus videretur, senatus quoque consulto cautum plenius, quam antea et uberius*, et paulo post: *Cum Claudius libertos, quos rei familiari praefecerat, sibique et legibus adaequaverit.* Frustra Justus Lipsius in *excursu ad lib.* 12. *annal. Tacit.* tentat persuadere, hic agi de Procuratoribus, qui jure Praesidis provincias regebant, de quibus supra. Nam verba illa, *quos rei familiari praefecerat*, clarissime ostendunt, Claudium hoc jus dedisse Procuratoribus rei privatae, rei familiaris. Id. Tacit. *lib.* 4. *Ann. cap.* 15. *paulo post princ. Adeo ut Procurator Asiae Lucilius Capito accusante provincia causam dixerit magna cum adseveratione principis: non se ei jus, nisi in servitia, et pecunias familiares dedisse: quod si vim Praetoris usurpasset, manibusque militum usus foret, spreta in eo mandata sua: audirent socios. Ita reus cognito negotio damnatur.* Utitur Tacitus hic eadem forma loquendi, *in pecunias familiares*, cum agat de Procuratore Caesaris. Quorsum autem Claudius id confirmari senatus consulto curasse, veritus, ne fortuito prolapsus videretur? ut ibi ait Tacitus. Si hoc Procuratoribus vice Praesidis dedisset, nihil tale verendum erat: ipsi enim praesidum jus et auctoritatem habebant: nam merum imperium habe-

bant sicut Praesides: ideo saepenumero praesides appellantur. Facem nobis praebet Pontius Pilatus, qui fuit Judaeae Procurator: Tacit. *lib.* 15. *Annal. cap.* 44. *post med. Auctor nominis ejus Christus Tiberio imperante per procuratorem Pontium Pilatum supplicio affectus erat.* Lucas in *Evang. Anno autem quinto decimo imperii Tiberii Caesaris procurante Pontio Piluto Judaeam.* Et tamen Pilatus habebat jus gladii. Joann. *cap.* 19. *Nescis, quia potestatem habeo crucifigere te, et potestatem habeo dimittere te?* Initium hujus rei jam olim ab Augusto. Tacit. *lib.* 12. *cap.* 60. *Nam Divus Augustus apud equestres, qui Ægypto praesiderent, lege agi, decretaque eorum proinde haberi jusserat, ac si Magistratus Romani constituissent: mox alias per provincias, et in urbe pleraque concessa sunt, quae olim a Praetoribus noscebantur.*

15 Itaque ad rem. Ulpianus in *l. hi qui* 8. §. *transactiones* 19. *ff. de transact. Transactiones alimentorum etiam apud procuratorem Caesaris fieri possunt; scilicet si a fisco petantur alimenta: secundum quae et apud praefectos aerarii transigi poterit.* Transactio autem hujusmodi nonnisi apud Praetorem fieri poterat ex oratione D. Marci *d. l.* 8. *in princ.* Hic locus Ulpiani nos admonet, falli eos, qui non distinguunt Procuratores Caesaris a Praefectis aerarii: aliud fiscus: aliud aerarium, ut supra probavimus. Quod autem Claudius procuratori suae rei privatae id concesserit, probat perspicue Ulpianus in *l.* 1. *in princ. ff. de Offic. procur. Caes.* ubi de hoc agens Procuratore ait: *Quae acta gestaque sunt a procuratore Caesaris, sic ab eo comprobantur, atque si a Caesare gesta sunt.* Confer haec verba cum verbis Taciti, et hac in re non haesitabis. Il-
16 lud plane non intelligo, cur Vir doctissimus excludat ab officio Procuratoris rei privatae equites, et libertos, non autem ab officio Procuratoris cum praesidali potestate. Quia, inquit, equites non habebant jurisdictionem. Ita profecto: si non habebant magistratum aut officium, cui esset adjuncta jurisdictio: cujusmodi erat Procurator Caesaris; *tot. tit. C. ubi caus. fiscal.* et nos supra probavimus. Sed demus, hac de causa non potuisse creari Procuratores rei privatae: multo minus igitur poterant esse Procuratores vice praesidis, qui non solum jurisdictionem habebant, sed etiam merum imperium. At hi erant equites Romani: Joseph. *de bell. Jud. lib.* 2. *cap.* 8. *in princ.* ubi de Coponio equite Romano, Judaeae Procuratore, et *Antiquit. Judaic. lib.* 18. *cap.* 1. *in princ.* Imo etiam liberti, ut Antonius Felix. Tacit. 5. *Histor. cap.* 9. *Judaeae provinciam equitibus Romanis, aut libertis permisit; è quibus Antonius Felix per omnem saevitiam ac libidinem jus regium servili ingenio exercuit.* Sveton. *in Claud. cap.* 28. *Nec minus Felicem, quem cohortibus, et aliis, provinciaeque Judaeae praeposuit.* Sed haec in transcursu: ad Comites revertamur.

Comites, de quibus hactenus, nullam 17
habebant hypothecam in bonis Imperatoratoris: Sed nec habere poterant. Habebant enim annonam de publico ipsis assignatam, eamque subministrabant illis provinciales; et si non responderent ad tempus, poterant manu militari ab ipsis extorquere. Procurator Caesaris pecuniam, et quidquid aliud a colonis debebatur, exigebat: Sed annonam, quae Comitibus erat praestituta, ipsi exigebant. Ita interpretor verba Dionis *lib* 53. ubi ait, quod Procuratores Caesaris ejus reditus in provinciis exigebant, praeterquam id, quod Proconsules ex tributis exigunt; Caesar autem, et Procuratoribus, et Proconsulibus, et Comitibus militaribus mandata dabat, quomodo in his se gererere deberent. Si quis scire desiderat, 18
quantum annonae, ac salarii nomine acciperent, ponam hic Valeriani Imperatoris mandata, quae Probo, cui contulerat tribunatum militum, et Claudio assignat. Vopiscus *in Probo*: *Miraris, quod im-*

berbem tribunum fecerim: Sed non miraberis, si Probum cogitas adolescentem vere probum. Huic igitur dabis.

Tunicas rufulas	2
Pallia Gallica fibulata . .	2
Interulas paragaudias . . .	2

Patinam argenteam Librarum X. specillatam .

Aureos Antonianos . .	100
Argenteos Aurelianos . .	1000
Æreos Philippeos . . .	10000
Carnis babulae diurnae pondo	6
Porcinae pondo	6
Caprinae pondo	10

Olei per biduum sextarium unum. Vini veteris diurnos sextarios 10. *cum larido bubalino. Salis, olerum, lignorum quantum satis est. Hospitia praeterea eidem, ut tribunis legionum, praeberi jubebis.*

Claudio autem, quem tribunum Martiae quintae legioni dederat, multo plura dari praecipit, quia non quasi tribuno, sed quasi Duci ea detulit. Sunt autem haec, apud Vopiscum *in Claudio.*

Frumenti annuos modios .	3000
Hordei modios	6000
Laridi Libras	2000
Vini veteris sextarios . .	3500
Olei boni sextarios . . .	150
Olei secundi sextarios .	600
Salis modios	20
Cerae pondo	150

Foeni, paleae, aceti, oleris, herbarum quantum satis est.

Pellium tentoriarum decurias	30
Mulos annuos	6
Equos annuos	3
Camelos annuos	10
Mulas annuas	9
Argenti in opere annua pondo	50
Philippeos nostri vultus annuos	150
In strenis	47
Et trientes	160
In caucos, et scyphos pondo	11
In caucos, et scyphos et zuma pondo	11

Tunicas russas militares annuas, sagochlamydes annuas duas, fibulas argenteas, inauratas duas: fibulam auream cum acu Cypria unam: balteum argenteum inauratum unum, annulum bigemmem uncialem: brachialem unum unciarum septem: Torquem libralem unum: cassidem inauratam unam: scuta chrysagraphata duo: Loricam unam, quam refundat: Lanceas herculaneas duas: aclydes duas: falces duas, falces foenarias quatuor: coquum, quem refundat unum: mulionem, quem refundat unum, mulieres speciosas ex captivis duas: albam subsericam unam cum purpura Girbitana: subarmale unum cum purpura Maura: Notarium, quem refundat, unum: structorem, quem refundat, unum: Accubitalium Cypriorum paria duo: Interulas puras duas: fascias viriles duas: togam, quam refundat, unam: Latum clavum, quem refundat, unum: Venatores, qui obsequantur, duos: carpentarium unum: Curam praetorii unam: ligni quotidiani pondo mille, si est copia: sin minus, quantum fuerit, et ubi fuerit: coctilium quotidiana batilla quatuor: balneatorem unum, et ad balneas ligna: sin minus, lavetur in publico. Jam coeterae, quae propter minutias scribi nequeunt, pro moderatione praestabis, sed ita ut nihil adaeretur. Et si alicubi aliquid defuerit, non praestetur, nec in nummo exigatur. Qui explicationem quorumdam verborum, quorum non est obvia intelligentia, desideraverit, adeat doctissimum Salmasium: ad rem nostram enim non pertinet haec explicare: Quod ad nos attinet, pauca sunt expendenda.

Primum, quod haec epistola a Vale- 19
riano scripta est ad Zosimionem Procuratorem Syriae, cui mandat, ut hujusmodi salarium praestet ex suo privato aerario. Procurator enim Caesaris, qui aerario privato ejus praerat, hoc est, fisco, pecunias a debitoribus fisci exigebat, easque in ea, quae princeps mandabat, erogabat. Id docet Dio *Lib.* 53. τάς τε κοινὰς προσόδους ἐκλέγοντας, ϗ προστεταγμένα σφίσιν ἀναλίσκοντας. Et annonas, et

pabula animalium Praesidibus, et coeteris praestabat. *L.* 2. *C. decursu publ.* Habebant autem susceptores, qui pecuniam colligebant, et expendebant periculo ipsius Procuratoris. Itaque nec Comes privatarum largitionum, nec fiscus tenebatur, sed omne damnum spectabat ad Procuratorem rei privatae, cui onus erat injunctum, ut annonas sumptumque familiae rectorum provinciae, et pabula animalibus, et quaecumque statuta essent, subministraret. *L. super* 9. *C. de jure fisci*, quae ad Comitem rerum privatarum ab Imperatoribus scripta est. Constat igitur nullam potuisse hypothecam constitui, nisi in bonis Procuratoris favore fisci, et susceptorum favore Procuratoris.

20 Secundo observanda sunt illa verba: *Sed ut nihil adaeretur.* Non poterant igitur pro annonis, et capito praestare aut exigere aestimationem: et hoc, ne provinciales gravarentur: ideoque praestanda, quae ipsa provincia suppeditabat. Adaerare est aere vel argento aestimare, idque pro speciebus debitis praestare. AEs enim etiam argentum comprehendebat. Suid. χαλκὸς ἀργύρια τετυπωμένα. *Æs, argentum signatum.*

Denique animadversione digna sunt ultima epistolae verba: *ligni quotidiani pondo mille, si est copia:* et rursus: *si alicubi aliquid defuerit, non praestetur, nec in nummo exigatur.* Debebant igitur praestari, quae in ea provincia proveniebant; sin aliter, ne sic quidem pro illis pecunia exigi poterat. Propterea non poterant provinciales evitare solutionem, nam ab illis, si procrastinarent, manu militari extorquebantur: utinam vero ea solum, quae pendi debebant. Cum enim illi, qui ad exactionem mittebantur, pro cupiditate et libidine sua graviter ex provincialium visceribus eruerent prope infinita, Honorius et Theodosius constituerunt, ut ad similitudinem militum, quibus aerarie praebebantur annonae, *adaerare* liceret, *l. annonas* 15. *C. de erog. milit. ann.* quae deprompta est ex *L. penult. eod. tit. in C. Theod.* Antea tamen severissime erat interdictum annonas adaerare. *L. ne quis* 18. *L. nulli* 20. *C. Theod. eod. tit.* Postea collabente disciplina etiam stellaturas adaerare permissum, *l. ex provinciarum* 28. 21 *C. Theod. eod.* Stellatura dicebatur, quidquid tribunus ex salario, atque annona militibus debita decerpebat, ac delibabat, sibique retinebat. Olim quidem capite sancitum, ne quis stellaturas acciperet. Spartian. in *Pescennio: Nam et Imperator tribunos duos, quos constitit stellaturas accepisse, lapidibus obrui ab auxiliaribus jussit.* Lamprid. *in Alexandro Severo. Annonam militum diligenter inspexit: tribunos, qui per stellaturas militibus aliquid tulissent, capitali poena affecit.* Postea non solum permissae fuerunt stellaturae, sed etiam earum adaeratio. Tandem Justinianus eas in limitaneis et comitatensibus militibus interdixit, imposita quadrupli poena, et dignitatis privatione *l.* 2. *§. pro limitaneis* 8. *in fin. et §. seq. C. de offic. Praef. Praetor. Africae.* Unde fuerit stellaturae nomen deductum, non constat inter doctos.

Multi multa, et varia. Cl. Salmasius 22 a stellione et stellionatu deductum fuisse nomen stellaturae putat. Durum id quidem: praesertim quia, non per fraudem a militibus auferebantur, sed titulo donationis gratuitae *l. si quas* 29. *C. Theod. de erog milit. annon.* Licet Justinianus in superiore §. 8. per fraudem eos accipere dicat; tamen ibi agit generaliter de omnibus lucris, quae duces et tribuni captabant, consuetudinem allegantes. Gothofredus *in C. Theod.* putat a stilla dictas, et legendum *stillaturas*, non *stellaturas*. Sed apud Scriptores Historiae Augustae semper legitur, *stellaturae.* Omitto alias ineptissimas interpretationes. Equidem non video, cur non deduci possit a stellis. *A stellis, stellare, stellatus*, quae passim usurpantur; cur non etiam *stellatura?* ut a *praefectus, praefectura: a sutum, su-*

aura, et simile. Quidni autem dici possit id a similitudine stellarum deciduarum, et discurrentium, quas e numero, e congerie stellarum decerptas in terram, et mare prolabi vulgo creditum est, seu, ut Plinius putat, a stellis ipsis extrudi nimio alimento tracti humoris, quemadmodum a lumine scintillae identidem egeruntur et extruduntur, fuisse ad militum annonam traductum. Sicut enim stellae vagantes et discurrentes e coelo decerpuntur, cujus minimae sunt particulae, ita minimae illae partes, quas tribuni ex militum annonis decerpebant, quasi stellae deciduae, stellaturae nomen dederint illi delibationi, et abrasioni salarii militaris. Minima enim erat salarii pars a tribunis abrasa: neque enim poterat excedere annonam septem dierum *l. septem* 12. *C. de erog. milit. annon.* ex qua corrigenda est *l. a provinciarum* 25. *C. Theod. eod. tit.* in qua pro *septem*, legitur *semper*. Enimvero de origine hujus nominis nihil affirmo, et quae dixi, ad vulgi opinionem locutus sum, quem penes arbitrium est, et jus, et norma loquendi. At haec non magni sunt momenti. Ad hypothecam tacitam revertamur.

23 Summa rerum haec est. Provinciae tributum indicebatur a Praefecto Praetorio, vel ab ipso Imperatore, et quidem ut plurimum in speciebus annonariis ad alendos milites, et solvenda salaria tribunis, ducibus, comitibus, praesidibus, et aliis. Provinciae frumentum, hordeum, oleum, laridum, capitum et alias species annonarias, seu cellarienses suis impensis in horrea publica deferebant. Susceptores eas in horreis condebant. Dabantur autem de publico illis aenei, seu lapidei modii cum sextariis, et ponderibus, ne quis fraudari posset, *l. modios* 9. *C. de canon. largit.* Si recipere recusarent, ipsi duplum fisco per Praesidem inferre cogebantur, qui autem detulerat, liberabatur. *l.* 1. *C. de suscept.* Si provinciales solvere negligerent, captis pignoribus coercebantur. *l.* 1. *et* 2. *C. de capiend. et distrah. pignor.* Pendere autem tenebantur frumenti quinquagesimam, hordei quadragesimam, vini et laridi vicesimam. *l. modios* 9. *C. de suscept.* Praecipua autem cura penes Praefectum Praetorio Julius Capitolin. in *Gordian. tertio* refert, Misitheum Gordiani praefectum ea diligentia annonam provincialem procurasse, ut *nulla unquam esset civitas limitanea potior, quae non posset exercitum Populi Romani, ac principem ferre, quae totius anni in aceto, frumento, et larido, atque hordeo et paleis condita non haberet, etc.*

Cura vero pecuniae penes Thesaurensem vel Comitem Thesaurorum vel Praepositum thesaurorum erat: his enim nominibus appellabatur, qui pecuniam publicam in provinciis colligebat, custodiebat, Romam transmittebat *l.* 1. *et tot. tit. de susceptor. praepos. et arcar. l.* 2. *C. de palatin. sacr. largit. l. nullus* 14. *C. Theod. de divers. offic.* Hi autem ad rem sacri aerarii procurandam non admittebantur, nisi idoneas darent satisdationes *l. privatae* 14. *C. de murileg.* Ita etiam tum susceptores, tum praepositi horreorum, tum etiam nominatores eorum obligabantur fisco: imo nominatores nihil poterant ab eis emere nec per se, nec per interpositam personam, quod est omnino singulare, licet illi nominatorum periculo administrarent, et Praesides etiam tenebantur, si negligerent curare, quae debebant *l.* 1. *l.* 2. *l.* 8. *C. de susceptor.* 24

Constat igitur, fiscum quidem obstrinxisse sibi Comites, et administratores rerum provincialium, contra eos nulla obligatione fiscum aut Imperatorem sibi devinxisse. Nec enim hac obligatione cum hypotheca indigebant, cum in eorum potestate esset a provincialibus exigere, atque extorquere salarium sibi de jure debitum. Utinam vero id tantummodo extorsissent. Multi miseros provinciales vexabant, diripiebant, expilabant. Hinc crebrae seditiones, et Romae frequentissima judicia repetundarum, quae 25

passim occurrunt in veterum scriptorum monumentis, in quibus tamen nunquam fit mentio cujusquam Praesidis, qui convenerit Imperatorem. Porro nihil absurdius meo judicio potest existimari, quam Imperatorem concessisse privilegium tacitae hypothecae contra semetipsum. Num forlasse vereri poterat, eos quibus honorem amplissimum, quaestuosissimum magistratum, regiam pene potestatem concedebat, haec omnia repudiaturos, nisi concederet etiam privilegium tacitae hypothecae cum praelatione in omnibus suis bonis? Nugae.

CAPUT IV.

Ad L. deprecatio 9. ff. ad Leg. Rhod.

SUMMARIUM.

I. Antonini responsum male habitum ab Interpretibus.
II. Ignei et sequacium criminationes et n. III. V.
IV. Publicanis obsecundare fas est; nec tamen nimia licentia eis concedenda.
VI. Antoninus superbiae accusatus defenditur.
VII. Roma mundi domina. Romani rerum Domini. Imperator Dominus, et n. IX.
VIII. Augusti et Tiberii tempore Imperator Dominus jam vocabatur. Haec appellatio eviluit ante Antonini Imperium.
X. Ammiani Marcellini in Constantium reprehensio quo sensu accipienda.
XI. Imperator se dicit mundi κύριον, quod significat eum, qui habet summam potestatem; non δεσπότην, quod significat dominum, cujusmodi est dominus erga servum.
XII. Imperator se dominum dicit quasi habentem summam potestatem, sicuti habet lex.
XIII. Dominus apud Latinos indicat tam summam auctoritatem, quam verum dominium.
XIV. Dominii significatio multiplex et n. XV.
XV. Fines orbis angustiores a veteribus crediti.
XVII. Vera legis interpretatio.
XVIII. Rhodiorum Lex de publicandis navibus rostratis in portu deprehensis.
XIX. Canniorum gens et insulae Rhodiis attributae iisdem legibus usae.
XX. Rhodiorum Leges et disciplina navalis, navigationes, divitiae, coloniae.
XXI. Eudaemonis quaestio fuit de navi, quam publicani contendebant publicam factam esse Legis Rhodiae praetextu.
XXII. Rhodia Lex a publicanis longius producta. Sapientissima Antonini constitutio ad rerum improbitatem fraenandam.

Nulla fere alia Lex a nostris interpretibus adeo vexata est, ut humanissimum hoc, et prudentissimum Antonini Imperatoris responsum. Illi enim in optimum 1
Principem injuriosi prava perversaque intelligentia turpiter ipsum calumniati sunt, quae dicere voluit, non recte percipientes, et quae noluit, affingentes. Ab injuriis tam putidis, et contumeliosis operae pretium est vindicare sapientissimum justitiae, clementiae, moderationis exemplar.

Primum calumniatur ipsum Igneus, 2
ejusque asseclae, quod dixerit Imperator. se esse Legem maris: quid absurdius? Constitutio graece scripta fuit: Non dixit autem, ἐγὼ μὲν τοῦ κόσμου κόσμου κύριος, νόμος δὲ θαλάσσης, sed ὁ δὲ νόμος τῆς θαλάσσης. Quae verba significant ipsum esse mundi dominum, legem autem esse dominam maris. Quod graece nesciverit, non reprehendo: quod autem id ex verbis subsequentibus non comprehenderit, error est plane inexcusabilis. *Lege id Rhodia, quae de rebus nauticis praescripta est, judicetur.* Si ipse Lex est maris, qua ratione recusavit judicare, et Eudaemonem rejecit ad Legem Rhodiam, cujus nec auctor, nec conditor fuerat?

Idem, qui ne verbum quidem ejus 3
Legis intellexit, iterum calumniatur Antoninum, quod ita responderit ira percitus contra piratas. Quorsum piratas intrudit? Publicani, non piratae, merces et naufragos diripuerant, sed publicani, videlicet qui publica vectigalia conduxerant. His potius obsecundare, quam succensere, conveniebat Imperatori. Etenim, ut eleganter ait M. Tullius in *orat. pro Cn. Plancio. Hoc equitum Romanorum, ornamentum civitatis, firmamentum Reip. publicanorum ordine continetur. Nam imperium retineri sine vectigalibus nullo modo potest:* ut idem monet in *ep. 1. lib. 1. ad Q. Fratrem.* Quid causae igitur erat, eur Imperator publicanos odio prosequi, ac persequi deberet? Sane Ci-

cero cum in Asia Proconsul esset, Attico suo scribit in *epistola* 1. *lib.* 6. *De publicanis quid agam, videris quaerere: habeo in deliciis, obsequor, verbis laudo, orno officio, ne cui molesti sint.* Et in landata epistola *ad Q. Fratrem. Quibus si adversamur, ordinem de nobis optime meritum, et per nos oum Rep. conjunctum, et a nobis, et a Rep. disjungemus: sin autem omnibus in rebus obsequemur, funditus eos perire patiemur, quorum non modo saluti, sed etiam commodis servire debemus.*

4 Prudentissime igitur Imperator, ne aut publicanos offenderet, et a se alienaret, aut nimiam licentiam, praedandique daret impunitatem; nihil ipse voluit in ea causa decernere, sed Lege Rhodia jussit judicari: qua de re nec publicani. Idque ex consilio Volusii Metiani, qui boc rescriptum refert in laudata *L. deprecatio. Multa enim de jure sanxit Antoninus, ususque est jurisperitis Vinidio Veco, Salvio Valente, Volusio Metiano, Ulpio Marcello, et Jaboleno.* Ita Capitolin. *in ejus vita.*

5 Denique ut hanc Legem funditus everteret, ansus est proferre, Legem Rhodiam ab Imperatore tamquam pestiferam improbari. Qnid perversius? quid intolerabilius dici potest, aut cogitari? Insaniat necesse est, cui Lege perlecta, hoc in mentem venerit. Ad Legem Rhodiam scripsere tot veteres Jurisconsulti, quorum in jure nostro clarissima snnt impressa vestigia. Extat in eo titulus *de Lege Rhodia de jactu.* Paulus *lib.* 2. *recept. sentent. tit.* 7. eam explicat luculenter. Strabo *lib.* 14 *de insula Rhodo* admirabilem dixit eunomiam Rhodiorum, et curam de rebus nanticis: et alii scriptores pariter legis Rhodiae mentionem faciunt honorificentissimam. Ergone pestiferae dici debent Leges graecis, latinisque litteris celebratae? Sed haec adeo sunt absurda, ut ne refelli quidem mereantur.

6 Interpretes magis cordati criminantur fastum, arrogantiam, superbiam Antonini, quod se mundi dominum dixerit. An id jure ac merito, videamus. Nihil magis alienum ab hoc Imperatore, quam fastus, atque jactantia. Capitolin. *in ejus vita in princ. Sobrius, diligens, agricultor, mitis, largus, alieni abstinens: et omnia haec cum mensura, et sine jactantia*, et infra. *Imperatorium fastigium ad summam civilitatem deduxit;* et rursus: *Amicis suis in imperio suo, non aliter usus est, quam privatus,* et infra. *Cum sibi et filiis honores peteret, omnia quasi privatus fecit.* En! Imperatorem in omnibua vitae suae partibus moderatum ac temperantem. Illud satis mirari non possum, in reprehensionem incurrere superbiae, atque arrogantiae, responsum seu rescriptum plenum moderationis et aequitatis; in quo Imperator abrogat sibi facultatem judicandi de proposita direptione, quam ipsi et omnis ratio, et jura omnia concedebant, eamque Legi tribuit: iu quo detrahit sibi quodammodo maris imperium, quod suo jure poterat sibi vindicare, illudque arrogat Legi, quae nullam vim, in auctoritatem habere potuisset, nisi ex Imperatoris auctoritate. An enim vocat se mundi dominum. Non est arrogans, et insolena ostentatio? Non est ita: non est profecto. Quis unquam Romam non dixit esse dominam? Quis Romanos non appellavit dominos? Quia Imperatores hoc eodem titulo non decoravit? Horat. *Carmin. lib.* 4. *od.* 14.

—— O tutela praesens
Italiae, dominaeque Romae.

Mart. *lib.* 1. *epigr.* 3.
Nescis, heu nescis dominae fastigia Romae.

Dionys. Halic. *lib.* 1. Arnob. *lib.* 2. *ipsam denique apud dominam Romam.* Leo Papa *in sermon.* 1. *Apostol. Nec mundi dominam times Romam, qui in Cayphae domo expaveras sacerdotis ancillam,* et alii scriptores passim hoc ti-

tulo Romam solent insignire. De Romanis Virg. *lib.* 1. *Æneid.*

> *Romanos rerum dominos, gentemque togatam.*

Arnob. *lib.* 4. *Romanos dominos rerum ac principes.* Oros. *lib.* 5. *c.* 1. Romanos rerum dominos pariter vocat, et non semel Ammian. Marcellin. Tacit. *Lib.* 4. *Histor.* Romanos communes dominos appellat. Dionys. *lib.* 1. Claud. *Paneg.* 1. *in Stilicon.* Si hoc meruerunt Romani, quidni Imperator, qui Romanis ipsis imperitabat? Plinius in *epistolis ad Trajanum*, qui fuit omnium fere Imperatorum moderatissimus, eum passim dominum appellat. Mart. *epigr.* 2. *de Spectaculis.*

> *Deliciae populi, quae fuerant domini.*

Et alibi:

> *Edictum Domini Deique nostri.*

Tacit. *lib.* 6. *Annal.* de Caligul: *Passieni dictum percrebuit, neque meliorem unquam servum, neque deteriorem dominum fuisse.* Omitto reliqua.

Non ignoro, Tiberium initio Principatus hunc titulum recusasse. Tacit. *Annal.* 2. *in fin. Acerbeque increpuit eos, qui divinas occupationes, ipsumque dominum dixerant.* Sed Tiberius solebat recusare quod flagrantissime concupiscebat: qui imperium etiam suscipere in Senatu recusavit, qui singularem modestiam ostentavit, quamdiu vixit Germanicus, quem maxime metuebat, ut hoc idem factum referens notat Dion. *lib.* 57. *Coeterum etiam vivente Augusto Romani dominos vocabant Imperatores.* Id. Tacit. 1. *Annal. in princ. Pars multo maxima imminentes dominos variis rumoribus differebant.* Paulatim vero hic titulus eviluit, ut etiam privati eo honorarentur. Argute Mart *lib.* 5. *ep.* 55.

> *Cum voco te dominum, noli tibi, Cinna, placere,*
> *Saepe etiam servum sic resaluto meum.*

Seneca *ad Lucil. Quomodo obvios, si nomen non succurrat, dominos salutemus.* Mart. *lib.* 1. *ep.* 67.

> *Et serva scis te genitum, blandeque fateris,*
> *Cum dicis dominum, Sositiane patrem.*

E serva lego non *e servo*, ut communiter, quia sic nullus esset sensus. Imo clientes patronos suos dominos vocabant. Mart. *lib.* 10. *ep.* 10.

> *Qui me respiciat, dominum, regemque vocabo?*
> *Cum te non nossem dominum, regemque vocabam.*

Attuli testes, qui ante Antoninum floruerunt. Estne igitur grave piaculum, si Imperator dominum se esse dicat, cum privati quoque, et quidem non admodum illustres, hunc titulum usurparent?

Atqui non solum se dominum appel- 9
lat, sed mundi dominum. Hic est scrupulus, qui male habet nostros interpretes. Quid hoc est quaeso? Numquid aliter de Roma, de populo Romano, de Imperatore locuti sunt scriptores, etiam tunc cum Romanum imperium nondum erat tam longe, lateque diffusum? Cic. in *Philip.* 2. *Sed quis unquam tantis opibus, tantis rebus gestis fuit, qui se Populi Romani victoris, dominique omnium gentium tutorem dicere auderet?* Tacit. *lib.* 3. *Histor. Ne quisquam adeo rerum humanarum immemor, quem non commoveret illa facies, Romanum Principem, et generis humani paulo ante dominum, relicta fortunae suae sede, per populum, per urbem exire de Imperio.* Id. Cic. in 1. *Catilin. Qui de hujus urbis, atque adeo orbis ter-*

rerum exitio cogitet. Et in 2. *Agrar. in Rull. Vix mehercule servis hoc eum suis, non vobis omnium gentium dominis probaturum arbitrarer.* Et ad *Attic. lib.* 1. *ep.* 16. *Multisque verbis suis mihi salutem Imperii, atque Orbis terrarum adjudicavit.* Brutus apud Ciceronem *epist.* 16. *lib.* 2. *epistolarum ad Brutum: Ut Octavius orandus sit pro salute cujusquam civis, ne dicam pro liberatoribus orbis terrarum.* Aristid. *in orat. de Roma*: μικρὸν θαυμάζειν, εἰ ὑπὸ τοσαύτης ἄρχεται πᾶσα ἡ οἰκουμένη. *Mirandum non est; tantam civitatem toti orbi imperare*, et infra: τὴν ἴσην καὶ ἡλίου πορείαν εἶναι κλῆσιν ὑμετέραν. *Cursum solis aequalem esse vestro Imperio.* Et infra non semel ait, omnes terras, quae incoluntur, imperio Romano esse subjectas. Leo Papa *in nativitate Apostol. Serm.* 1. *Nec mundi dominam times Romam, qui in Cayphae domo expaveras sacerdotis ancillam.* Huc refero Arnobii illud de Christo *in princ. Numquid regiam sibi vindicans potestatem, terrarum, orbem cunctum legionibus infestissimis occupavit?* Pacat. *in Panegyr. Theodos. Cui toto orbe terrarum privata, vel publica redduntur.* Ammian Marcellin *lib.* 14. *de Roma: Ex omni plaga, quam orbis ambit immensus, reportavit laureae triumphos*, et infra. *Per omnes, quotquot sunt, partes terrarum, ut domina suspicitur et regina.* et Lib. 19. *Nostris virtutes Constantii Caesaris extollentibus, ut domini rerum, et mundi.* Dionys. ἡ δὲ Ῥωμαίων πόλις ἁπάσης μὲν ἄρχουσα *Romanorum civitas. imperat universae terrae.* Cedrenus, πᾶσαν δουλωσαμένη τὴν οἰκουμένην. *In servitutem redigens universum orbem.* Id Dionys. ἀνατολὰς καὶ δύσεις ὅρους ποιησαμένη τῆς δυναστείας *Faciens Imperii terminos ortum, et occasum.* Minutius *de Romanis: Eorum potestas, et auctoritas totius orbis ambitus occupavit.* Philo Jud. *de Legat. ad Cajum*: τίς γὰρ ἰδὼν Γάϊον μετὰ τὴν Τιβερίου Καίσαρος τελευτὴν παρειληφότα τὴν ἡγεμονίαν πάσης γῆς καὶ θαλάττης. *Quis enim videns Cajum per mortem Tiberii Caesaris suspicientem Imperium totius terrae, et maris*, et infra: συμπάσης τῆς οἰκουμένης, *universae terrae.* Historicis, et Oratoribus poetas adjiciamus. Familiam ducant poetarum maximi, Virgilius, et Horatius. Ille *lib.* 6. *Æneid.*

> *En hujus, nate, auspiciis illa*
> *inclyta Roma*
> *Imperium terris, animos aequabit*
> *Olympo.*

Hic *lib.* 3. *carm. od.* 3.

> *Quicumque terris terminus obstitit*
> *Hunc tangat armis, visere gestiens*
> *Qua parte debacchentur ignes,*
> *Qua nebulae, pluviique rores.*

Id. *lib.* 4. *od.* 15.

> —— *et imperii*
>
> *Porrecta majestas ad ortum*
> *Solis ab Hesperio cubili.*

Tibull. *lib.* 2. *Eleg.* 5.

> *Roma tuum nomen terris fatale*
> *regendis*
> *Qua sua de coelo prospicit arma*
> *Ceres.*
> *Quaque patent ortus, et qua flui-*
> *tantibus undis*
> *Solis anhelantes abluit amnis equos.*

Claudian. *lib.* 1. *in Eutrop.*

> — *omne, quod abit*
> *Oceanus, domui*

Et de *bello Gildonico*, et in 3. *Pengyr. Stilicon.*

Coripp. *lib.* 2.

> *Terrarum dominus Christus dedit*
> *omnia posse.*

Ac ne quis me ad poetas, fabularum fictores, confugisse cavilletur, do testem religiosissimum, certissimumque Lucam Evangelistam, qui *cap.* 2. *vers.* 1. refert: *In diebus illis exiit edictum a Caesare Augusto, ut describeretur universus orbis.* Universum orbem dicit Imperium Romanum. Neque enim Augustus describi mandaverat, nisi gentes sibi subjectas. Quid ergo rei est, cur cavillemur in optimo Imperatore, quod scriptores omnes sacri, profani, Oratores, Historici, Poetae, ei convenire censuerunt.

10 Non ignoro, Ammian. Marcellin. *lib.* 15. *in princ.* objurgare Constantium, quem ubique vituperat, *quod dictando, scribendoque propria manu orbis totius se dominum appellaret, quod dicentibus aliis indignanter ferre deberet, etc.* Sed observandum est, quod hoc damnat in Constantio, *quia praedicabat, se ad aemulationem civilium Principum vitam, moresque suos formare diligentia enixa laborare*, ut statim subjicit. Hinc Constantii jactantiam refert ut mihi videtur ad Augustum et Tiberium, quos aemulari se velle praedicabat. Clementiam, et civilitatem Augusti laudat Sveton. *cap.* 51. et hujus virtutis exemplum refert in *cap.* 53. his verbis: *Domini appellationem ut maledictum et opprobrium super exhorruit*; et paulo infra: *Dominumque se posthac appellari ne a liberis quidem, aut nepotibus suis, vel serio vel joco passus est.*

Magna sane animi moderatio. Sed nondum hic titulus adeo erat in usu, et auctoritas ac potestas Principis, et Imperii status nondum fundatus erat, ad quod ipse privatus ascenderat. Civilitatem quoque Tiberii extollit idem Sveton. *in ejus vita cap.* 26. *Civilem se admodum inter initia, ac paulo minus quam privatum egit.* Deinde *cap.* 27. refert inter alia hoc exemplum: *Dominus appellatus a quodam denuntiavit, ne se amplius contumeliae causa nominaret.* Exemplo scilicet sui patris, qui hanc appellationem ut maledict um opprobrium semper exhorruit. Hic autem non semper, sed inter initia Principatus. Cur initio ita se gesserit, ostendit toto *cap.* 25. et supra indicavimus. Etiam Alexander Severus *Dominum se appellari vetuit. Epistolas ad se quasi ad privatum scribi jussit.* Sed hic *ad remedium generis humani accepit Imperium*: ita scribit Lampridius *in ejus vita.* Hos certe non est aemulatus Constantius, nec mores suos, vitamque ad horum exempla composuit. Horum igitur comparatione vituperandus est. Hoc amplius observandum, quod Ammianus sive obtrectandi studio, sive quia Constantius praeter mundi totius dominium, aeternitatem etiam sibi arroganter adsciscebat, verbum illud *mundi* accipit pro universo, quasi Constantius jactaret, se esse dominum coeli, ac terrae. Subdit enim, quod etsi plures mundos regeret, tamen universitatis dici non posset, cum secundum mathematicos *ambitus terrae totius ad magnitudinem universitatis, brevis obtineat puncti.* Nimirum scriptor hic et ad obtrectationem propensior est, et saepe oratorio more, quae narrat, exaggerat, non historica ingenuitate exponit. Quid enim hac de re ipse sentiret, in praecedenti libro ingenue fatetur. Ibi enim describens aetates populi Romani, ejusque incrementa, ait: *In juvenem erectus, et civium, ex omni plaga, quam orbis ambit immensus reportavit laureae triumphos.* Enim vero recte. Nam et Cicero de *Provinc. consular. Nulla gens est, quae non aut subacta, ut vix extet: aut ita domita, ut quiescat: aut ita pacata, ut victoria nostra, imperioque laetetur.* Inter acclamationes Aureliani, quas refert Vopiscus *in ejus vita*: *Per quem totus Romano nomini orbis est restitutus*, et in *vita Taciti*: *Te deligimus, te Principem facimus: tibi curam Reip. orbisque mandamus.* Sveton. in *Augusto cap.* 94. *Quo natus est die, cum de Catilinae conjuratione ageretur in curia, et*

Octavius ob uxoris puerperium tardius affuisset nota ac vulgata res est, P. Nigidium comperta morae causa, ut horam quoque partus accepit, affirmasse dominum terrarum orbi natum.

Plura; quam necesse foret, fortasse cumulavi, ut ostenderem, in re tam usitata, tamque communi omnium scriptorum consuetudine, injuria reprehendi optimum Imperatorem: quae, ut opinor, quibusdam satietatem afferent; atque fastidium. Ego autem, qui non sum stomachi adeo delicati, in his non acquiesco: sed longius progredior observando,
11 quod Antoninus non dixit, se esse mundi δεσπότην, sed κύριος. In hoc, ut mihi videtur, alterum ab altero differt, quod illud proprie dominum significat, cujusmodi est dominus erga servos: hoc vero proprie significat eum, qui auctoritatem ac potestatem habet, etiamsi vere ac proprie dominus non sit. Lucian. Nig. οἱ Ἀρκάδες ἐν ταῖς ἑστιάσεσιν ὑποδέχονται τοὺς δεσπότας καὶ τοὺς δούλους. *Arcades in conviviis dominos et servos recipiunt.* Dion. *lib.* 57. de Tiberii benignitate et summa aequitate ante mortem Germanici. οὔτε γὰρ δεσπότην ἑαυτὸν τοῖς ἐλευθέροις, οὔτε αὐτοκράτορα πλὴν τοῖς στρατιώταις καλεῖν ἠφίει. *Neque dominum a liberis hominibus: neque Imperatorem, nisi a militibus, se vocari permittebat;* et paulo infra: καὶ πολλάκις γε ἔλεγεν, ὅτι δεσπότης μὲν τῶν δούλων, αὐτοκράτωρ δὲ τῶν στρατιωτῶν, τῶν δὲ λοιπῶν πρόκριτός εἰμι. *Saepe dicebat, sum quidem dominus servorum militum Imperator: coeterorum vero Princeps.* Utrobique utitur verbo δεσπότης, non vero κύριος. Aristid. in laudata oratione apposite distinguit regem, et imperatorem ab hujusmodi domino. Ait enim de legibus Persarum: οὔπω γὰρ ἦν, καὶ ἀρχὴ τὸ δεσπόζειν διώριστο: ἀλλ᾽ ἦν ἴσον βασιλεὺς καὶ δεσπότης. *Nondum imperium a dominatu distinguebatur, nec differebat Rex a domino.* Utitur verbis δεσπόζειν et δεσπότης. Non ignoro, quod etiam aliquando more Persarum, Princeps dicitur δεσπότης, ut apud Lucianum δεσπότης Ἀσίας. distinguitur tamen a verbo κύριος juxta propriam significationem. Demosthen. *pro Coron.* δεσπότης, ἡγεμὼν κύριος πάντων. *Dominus, dux potestatem habens omnium.* Illud refertur ad eos, qui serviunt: hoc ad eos, qui sunt Imperio, ac potestati subjecti. Dicitur enim κύριος quasi κῦρος ἔχων hoc est, potestatem et auctoritatem habens. Ideoque κύριος est, qui summam potestatem habet, ut recte animadvertit Budaeus in *Comment. Ling. Graec.* Demosth. *de fals. legat.* τὴν βουλὴν ποιήσαντος τοῦ δήμου κυρίαν ἐκπέμψαι τοὺς πρέσβεις τὴν ταχίστην. *Cum populus Senatui potestatem dedisset quam citissime dimittendi legatos.* Polib. *de Polit. Roman.* τιμωρίας κύριος ὁ δῆμος. *Poenae arbiter populus:* summa puniendi potestas penes populum. Demosth. καὶ τὰ κύρια ἆθλα τοῦ ἐστὶν ἐν ἑκάστῃ τῶν πόλεων. *Et quicumque summates in quacumque civitate potestatem habent.* Notat Budaeus, etiam tutores κύριοι appellatos. Hoc amplius, quae rata, firma sunt et pollent auctoritate κύρια dicuntur: hinc κύριος νόμος, κύρια γνῶσις, κύρια ἡμέρα, fixa, et praestituta dies.

His probe constitutis, quid est, in 12
quo reprehendi possit Antoninus? Numquid non habebat supremam in mundo auctoritatem, ac potestatem? Et hoc sensisse Antoninum perspicue apparet: quemadmodum enim se ipsius mundi dominum vocat, ita et legem dominam maris, atqui lex non habet verum, propriumque maris dominium, sed auctoritatem, ac potestatem disponendi de rebus maritimis, quam ipsi tribuit legislator, qui ipsam condidit, sanxitque et sua auctoritate comprobavit. Scite Cic. *in orat. pro A. Cluentio: leges* sit esse *fundamentum libertatis*, et postmodum: *Legum denique idcirco omnes servi sumus, ut liberi esse possimus.* Legis virtus est imperare, prohibere, permittere, punire, ut ait Celsus in *l. Legis virtus 7. ff. de Legib.* Imperio autem Legum obtemperare, vera libertas est. Hujuscemodi imperium sibi arrogat Antoninus, cum ait ἐγὼ μὲν κόσμου κύριος.

Haud aliter Alexander Magnus cum Anaxarchi de mundorum infinitate opinionem audiens flevit, et interrogantibus amicis, quid ipsi accidisset mali respondit: οὐκ ἄξιον δακρύειν κόσμων ὄντων ἀπείρων ἑνὸς οὐδέπω κύριοι γεγόναμεν. *Annon flere convenit, quod cum infiniti sint mundi, nondum unius domini facti sumus?* Simile est igitur utrinque imperium regis, ac legis: neutrum, ut nos dominio subigat, cogatque servire, comparatum est; sed ut nos regat, tueatur, saluti felicitatique nostrae consulat, atque provideat.

13. Quamvis autem apud Graecos nomen illud κύριος sit multo lenius, ac remissius, quam apud Latinos *dominus*: tamen et apud Latinos saepenumero indicat solummodo praecipuam auctoritatem, potestatemque, non verum dominium; Cic. *lib.* 1. *in Verr. Interea comitia nostra, quorum iste, sicut coeterorum hoc anno comitiorum, dominium esse arbitrabatur*, et *lib.* 5. *in Verr. ipsum Praetorem, quod tota Sicilia prospexerit, redemptorem decumarum, atque adeo aratorum dominum, ac Regem fuisse.* Id. *lib.* 3. *de Legib. Senatus dominus publici consilii.* Id. *pro Corn. Balb. Sui quemque juris retinendi, ac dimittendi esse dominum:* hoc est, habere facultatem, potestatemque. Id. *lib.* 3. *de offic. Una quaedam virtus omnium domina et regina virtutum.* Et de animo: *eumque ut dominum, atque imperantem obedienti praefecit corpori.* Recte. Ait enim *pro A. Cluent. Mens, et animus et consilium, et sententia civitatis posita est in legibus.* Ut corpora nostra sine mente, sic civitas sine lege, suis partibus, ut nervis ac sanguine et membris, uti non potest. Sicut igitur animus dominatur in corpore, ut ipsum conservet, ac regat, quo vigeat, crescat, et omnibus muneribus corporis apte congruenterque fungatur: ita Princeps legesque dominantur in civitate. Quocirca dominium Principis neque tollit dominium privatorum, neque ipsi obest, aut adversatur, sed tuetur, atque conservat. Recte Seneca *de Benefic. lib.* 7. *c.* 4. *Jure civili omnia regis sunt: et tamen illa, quorum ad regem pertinet universa possessio, in singulos dominos descripta sunt, et unaquaeque res habet possessorem suum.* Subjicit deinde: *Ad regem enim potestas omnium pertinet, ad singulos proprietas.* Dominium regis consistit in suprema illa potestate praecipiendi: coeterum verum dominium, videlicet jus perfecte disponendi de rebus suis habent ipsi privati. Verbum enim *proprietas* apud Senecam non pro nuda proprietate est accipiendum, sed pro pleno, perfectoque dominio, ut saepe accipitur in jure nostro *l. qua ratione* 9. §. *item si* 6. *ff. de acquir. rer. dom. l. si procurator* 13. *ff. eod. et l. cum in corpus* 36. *in fin. eod.* Id Senec. *Totus ager hujus aut illius Reip. est, etc. ideoque donare agros nostros Reip. possumus, quamvis illius esse dicantur, quia aliter illius sunt, aliter mei.* Et *c.* 5. *quemadmodum sub optimo Rege omnia rex imperio possidet, singuli dominio.* Copiose admodum Dio. Chrysostom. *in Rhodiaca, pag. mihi* 324. *e seq.*

Neque haec abhorrent a jure nostro, 14
in quo pluribus modis dominium dicitur In *l. Pronuntiatio* 195. §. *familiae ff. de V. S. Paterfam. appellatur, qui in domo dominium habet.* Dominium, hoc est, summam potestatem. Dominus enim a domo. Ennius apud Ciceronem: *O domus antiqua, quam dispari domino dominaris?* Quare Lactant. *lib.* 4. *instit.* ait, dominum eumdem esse, qui et pater. Pater enim in domo supremam habet potestatem, et auctoritatem. Habebant etiam Romani dominium de jure quiritium, quod modis solemnibus acquirebatur, et dominium bonitarium, quod transferebatur simplici traditione. Qui erat dominus de jure quiritium, habebat summum, legitimum, perfectumque dominium: alter habebat rem in bonis, et ex ea commodum omne percipiebat. Quo pertinet illud Ciceronis in *epist.* 30. *lib.*

7. *Nisi haberem socium studiorum meorum Atticum nostrum, cujus quando proprium te esse scribis mancipio, et nexu; meum autem usu, et fructu; contentus isto sum.* Id enim cujusque est proprium, quo quisque fruitur atque utitur. Et in *Epist.* 29. *Sum enim χρήσει μὲν tuus, κτήσει δὲ Attici nostri. Ergo fructus est tuus: mancipium illius.*

15 Verum et aliae sunt hujus vocis significationes. In *l. in venditionem ff. de reb. auct. jud. possid.* appellatione domini fructuarius quoque continetur, et dominium ususfructus dicitur in *l.* 3. *in fin. ff. si ususfr. pet.* et servitutes dominii appellatione continentur *l. semper* 15. §. *ergo* 8. *ff. quod vi aut clam*; et dominium hereditatis nominatur in *l. his verbis* 42. *in princ. ff. de hered. instit.* dominium proprietatis in *l. acquiruntur* §. 10. *de iis et l. quod fructuarius* 40. *ff. de acquir. rer. dom.* Quid? quod etiam ille, qui in conviviis erat arbiter bibendi, ut vocatur ab Horatio, et modimperator dicebatur, quia modum ac normam bibendi praescribebat, et imperabat, a Cic. *in Verr. in frumentaria* dominus dicitur. *In cubiculo solus, in convivio dominus.* Neque enim assentior Cujacio, qui putat hic dominum dici, qui convivium exhibet, quod aliquando significari non abnuo, ut Non. Marcell. affirmat. Verum hoc loco nihil leporis ac salis haberet. Qui in convivio Leges ponebat, rex ac dominus vocabatur. Horat. *lib.* 1. *od.* 4.

Nec regna vini sortiere talis.

regem ac dominum junxit Mart. ut supra:

Qui me respiciet regem, dominumque vocabo?

Apronius igitur in convivio erat dominus, rex, modimperator; Leges ponebat, quibus Verres ipse obtemperabat. Id. Cic. *lib.* 5. *Iste enim Praetor severus, ac diligens, qui populi Romani legibus nunquam paruisset, illis diligenter legibus, quae in poculis ponebantur, obtemperabat.* De conviviis Verris paulo post: *Huc omnes mulieres, quibuscum iste consueverat, conveniebant, quarum incredibile est, quanta fuerit Syracusis multitudo: huc homines digni istius amicitia, digni vita illa, conviviisque conveniebant. Inter ejusmodi viros, ac mulieres adulta aetate filius versabatur*: et reliqua, quae sequuntur. Saepe autem ejusmodi convivia exprobrat Verri Cicero. In his conviviis dominabatur Apronius, cui magisterium Verres deferebat, non jactu talorum assequebatur. Cato apud Cic. de *Senect. Me vero, et magisteria delectant a majoribus instituta, et is sermo, qui more majorum a summo magistro adhibetur in poculis.* Exprobrat igitur Verri familiaritatem, et quotidianam ac domesticam Apronii hominis nequissimi consuetudinem, qui ei adsidebat proximus in tribunali ad corrumpenda judicia, solus in cubiculo, ut cum eo de furtis, ac libidinibus consultaret: dominus in convivio, ut leges conviviis poneret, magister, rex, dictator, strategus, ut hunc vocat argute Plautus. Scite autem opponit illa duo Cicero: *in cubiculo solus, in convivio dominus*: in cubiculo enim solus, ut secreto de rebus pessimis colloqueretur: in convivio vero dominus, ut in illo strepitu, et incondito clamore convivarum multitudini imperaret. Sed jam eo, unde digressi sumus, revertamur. Idem Cicero judicem vocat dominum rei *lib.* 2. *de orat.* et judiciorum dominos *lib.* 1. *in Verr.* et dominos auctionum in *orat. pro P. Quinct.* omnesque alios, qui aliqua potestate praediti sunt.

At Imperator Antoninus non habebat supremam potestatem in toto mundo. 16 Huic argumento respondet Aristides in laudata oratione. *Quid? quod nihil vos effugit, non urbs, non gens, non portus, non locus ullus, nisi quem pro inutili habuistis.* Appian. in praefat. *In*

summa ut sunt prudentes, contenti maritimis regionibus omnium optimis, malunt has excolere, quam Imperium in infinitum proferre ad gentes barbaras, inopem domi, et nil succi afferentes dominis. Quarum aliquod ego vidi in urbem legatos venisse, ut se, quosque populares dederent: nec receptos ab Imperatore, ut ipsi inutiles, etc. Graeca praetermisi, ne fastidio sim graecarum litterarum fastidiosis. Galgacus ille Britannus apud Tacit. *in vita Agric.* in Romanos Britanniam bello lacessentes acerbe invehitur. *Sed nulla jam ultra gens, nihil nisi fluctus, et saxa: et interiores Romani, quorum superbiam frustra per obsequium et modestiam effugeris. Raptores orbis postquam cuncta vastantibus defuere terrae, et mare scrutantur: Si locuples hostis est, avari; si pauper, ambitiosi: quos non Oriens, non Occidens satiaverit etc. Interiores Romani*: verba haec nemo fere approbat: omnes ea mutant, alii aliter. Ego nihil mutandum censeo, Ait enim, quod ultra Britanniam nulla gens, nihil nisi fluctus, et saxa: intra vero esse Romanos, qui non solum totum terrarum orbem occupaverant, sed etiam magna ex parte Britanniam, et ut totam in potestatem redigerent, summa ope certabant. Supra dixerat: *nullae ultra terrae, ac ne mare quidem securum*, et deinceps: *nos terrarum ac libertatis extremos.* Ultra Britanniam et Oceanum nihil erat, quod in ditionem redigere possent, intra Oceanum omnia subegerant: ulteriora non poterant, quia non erant; interiora jam possidebant. Claudian. I. *in Eutrop.*

— Omne, quod ambit
Oceanus, domui.

et iterum

Nec stetit Oceano, remisque ingressa profundum
Vincendos alios quaesivit in orbe Britannos.

In alio orbe sitam Britanniam opinabantur. Virg. *eclog.* I.

— et toto divisos orbe Britannos.

Ultra Britanniam nihil esse. Eumenius Rhetor. *Ultra Oceanum vero quid erat praeter Britanniam*: Imo ultra progredi non licere putabant. Id. *nulla progrediendi causa superest, nisi si (quod natura vetuit) fines ipsius quaerantur Oceani.* Et Arrianus: θεια τινι δυνάμει Θεῶν ἀνερηζαίσιν dixit, *alia loca fatali quadam Deorum potentia non fuisse inventa.* Itaque Britanniam orbis terminum vere dicit Tacitus: ita etiam Catullus *ultimam Britanniam*, et Horatius *ultimos orbis Britannos.* Censenda enim et aestimanda res est non secundum notitiam, quam nunc habemus, sed secundum eorum temporum opinionem.

17 His expositis, plana est et perspicua, nullisque involuta difficultatibus legis sententia. Naufragus Eudaemon direptus a publicanis Cycladum, contra direptores supplicat Imperatorem, eumque invocat, *Domine Rex*, κύριε βασιλεῦ Ἀντωνῖνε. Antoninus audita Eudaemonis prece respondit, se dominum quidem esse, (refutavit nomen Regis, quod apud Romanos erat odiosum), scilicet mundi dominum hoc est, se obtinere potestatem, et imperium mundi. Hoc autem non dixit, ut se magnifice jactaret, sed ut imperium, et potestatem suam cum lege partiretur, ac legi Rhodiae communicaret, et rationem redderet, et causam afferret, cur preces supplicantis non exaudiret, nec in ea causa quicquam vellet decernere: nempe quia decidenda erat ex praescriptione Legis Rhodiae, quam in rebus maritimis observari volebat, sicut etiam Augustus olim judicaverat. Viden ut ejusmodi rescriptum seu potius responsum sit plenum moderationis, humanitatis, justitiae? Imperium mundi, quod ipse habebat, legi communicat. Quamvis sit Imperator, sibi non asserit auctoritatem decernendi, atque ne causae qui-

dem cognitionem. Facti rationem reddit supplicanti, comprobat eam exemplo et auctoritate Augusti quem honorificentissime θειότατον, divinissimum, appellat: qui titulus tum temporis non erat adeo usitatus, quamvis postea gliscente adulatione invaluerit, ut constat ex Evagrio *Lib.* 3. Eusebio *Histor. Eccles. Lib.* 9. Socrat. *Lib.* 6. et aliis.

18 Species bujus legis desumi potest a M. Tullio, qui in *Lib.* 2. *de inventione* hujusmodi quaestionem, causamque proponit. *Lex est apud Rhodios, ut si qua rostrata in portu navis deprehensa sit, publicetur. Cum magna in alto tempestas esset, vis ventorum invitis nautis Rhodium in portum navim coegit. Quaestor navim populi vocat. Navis dominus negat publicari oportere.* Et infra: *Judicatio est. Cum rostratam navim in portu deprehensam lex publicarit, cumque haec navis invitis nautis vi tempestatis in portum conjecta sit: oporteatne eam publicari?* En judicatio Eudaemonis. Legem hanc latam fuisse puto, postquam Heraclides Tarentinus fraudulenter a Rhodiis in portum receptus, opem in bello contra Philippum ab illo sperantibus, naves eorum

19 incendit, ut narrat Polyaen. *lib*, 8. Sylla insulas quasdam Rhodiis attribuit. Cic. *Lib.* 1. *epist.* 1. *ad Q. Fratr. Caunii nuper omnes ex insulis, quae erant a Sylla Rhodiis attributae, confugerunt ad senatum nobis ut potius vectigal quam Rhodiis penderent.* At Dion Chrysost. *in Rhodiaca* ait Caunios propter excedentem dementiam atque nequitiam duplici servitute oppressos non solum Rhodiis, sed etiam Romanis servire. Non est igitur, ut mihi videtur, ambigendum Caunios et insulas Rhodiis attributas iisdem legibus usas fuisse. Illud verisimile est plerasque etiam insulas Aegaei maris, leges, et navalem disciplinam Rhodiorum adscivisse: Rhodii enim imperium maris diu tenuerunt. Strabo *Lib.* 14. ἐθαλασσοκράτησαν πολὺν χρόνον, *imperium maris diu tenuit.* Euseb. *in Chron* τέταρτοι ἐθαλασσοκράτησαν Ῥόδιοι, κὴ δὲ τίνας πέμπτοι. *Quarti maris imperium tenuerunt Rodii, et secundum aliquos, quinti* Aristid. *in Rhodiaca* ἐπικείμενα δ' ἐτοῖς λιμέσι τὰ νεώρια ὅσα κὴ οἷα ἦν ὅτε τῆς θαλάττης ἐκρατεῖτε. *Incumbentia vero portubus navalia, quanta et qualia fuerunt, cum imperio maris potiebamini.* Dion. Chrysost. *in Rhodiaca orat.* 31. *in princ.* τοῦτο ἐποίησε τὸς ὑμετέρους προγόνους ἅπασαν γῆν κὴ θάλασσαν ἐμπλῆσαι τροπαίων. *Hoc in causa fuit cur majores vestri omnem terram et mare trophaeios impleverunt.* Et circa medium ὅτε Μιθριδάτης καθαιρεθεὶς οὐδ' Ἀντίοχος οὐδὲ ἡ τῆς θαλάττης ἀρχὴ παραδοθεῖσα διὰ πολλῶν κινδύνων καὶ πόνων. *Neque devictus Mithridates, neque Antiochus neque maris imperium per multa pericula laboresque acquisitum.*

Item celeberrimae erant Rhodiorum 20 leges, et disciplina navalis Cic. *pro Lege Manil. Non Rhodiorum, quorum usque ad nostram memoriam disciplina navalis, et gloria remansit.* Strabo, *Lib.* 14. θαυμαστὴ δέ καὶ ἡ εὐνομία καὶ ἡ ἐπιμέλεια πρός τε τὴν ἄλλην πολιτείαν καὶ περὶ τὰ ναυτικά ἀφ' ἧς ἐθαλασσοκράτησε πολὺν χρόνον. *Admirabilis vero est legum constitutio et cura tum Reip. tum rei nauticae, qua maris imperium obtinuit.* Dion. *in Rhodiaca:* συνεχῶς τριήρεις πλεῖν οὐ μέχρι Κύπρου καὶ Κιλικίας ἀλλ' ὅτε μὲν εἰς Αἴγυπτον ὅτε δὲ εἰς τὸν Εὔξεινον τὸ δὲ τελευταῖον ἐν αὐτῷ τῷ Ὠκεανῷ. *Assidue triremis navigare non solum usque Cyprum et Cilicium: sed aliquando in Ægyptum, aliquando in Euxinum, denique in ipso etiam Oceano.* Ait autem Rhodios emisisse aliquando classem centum et complurium navium, et rursum septuaginta et aliarum triginta, atque has interdum non nisi post triennium aut quadriennium revertisse. Liv. *Lib.* 37. *Praestabant Rhodiae naves agilitate, et arte gubernatorum, et scientia remigum.* Ipsi etiam piratis mare purgarunt. Strabo: καὶ τὰ λῃστήρια τὰ καθεῖλε Et servandorum hominum causa longe a patria navigarunt, et in Hispaniam colonias deduxerunt, et Baleares

insulas condiderunt, ut refert idem Strabo. Quocirca et è mari natos fuisse fabulabantur, ut refert Diod. Sicul. *Lib.* 5 et Jovem aureum imbrem supra Rhodum effudisse et aureis nivibus urbem irrigasse, ut Hom. *Iliad. Lib.* 2. et Pindar. *Olymp. od.* 7. quorum meminit Arist. *in Rhodiaca* et alii non pauci. Nimirum navigatio, et mercatura, et potentia immensas opes congesserunt. Propterea apud nonnullos Rhodii erant oppido invidiosi, ut monet Dion. *in Rhodiaca.* Cum igitur et legum praestantia, et rei nauticae scientia, et opulentia, ac potentia caeteris longe antecellerent Rhodii, vero simillimum est, non solum insulas ipsis subjectas, sed etiam plerasquae alias AEgei maris eorum leges et instituta servasse.

21 Finge jam, quod profecto non erit a veritate alienum, Eudaemonis navem jactatam tempestatibus et afflictam ad Cauni portum, vel aliquam insulam, quae Rhodiorum Lege regeretur, appulisse, publicanos autem navim, quam publicam factam fuisse contendebant, diripuisse Legis Rhodiae praetextu: et Eudaemonem implorasse opem Antonini, eumque respondisse, rem hanc Lege Rhodia decidendam. Annon haec omnia sunt justitiae consentanea et juris ordini conveniunt? Atqui Lex Rhodia tantummodo de nave rostrata scripta erat. Quid? an quisquam vidit navem Eudaemonis, ut certo possit affirmare, eam non fuisse rostratam, adeoque Lege Rhodia non fuisse comprehensam? Scio, in minoribus navigiis rostra imponi non consuevisse, sed navibus longis. Hirt. *de bello Alexandr. c.* 44. *Vatinius cum paucas in portu naves longas haberet, navibus actuariis, quarum numerus satis erat magnus, magnitudine quamquam non satis justa ad praeliandum, rostra imposuit.* Vitruv. *Lib.* 10. *Is aries habuerat de ferro duro rostrum, ita ut naves longae solent.* Recte *solent.* Non enim omnes longae naves habebant rostrum aeneum, aut ferreum, sed illae tantum, quae ad bellum, et praelia construebantur. Argumento est, quod thalamegi naves rostris erant ornatae. Eas enim θαλαμηγα χρυσό πρυμνα καὶ χρυσέμβολα, dicit Appianus *in Praefat. thalamegi auratis puppibus ac rostris.* Thalamegos autem a navibus aeratis distinguit Senec. *de Benef. Lib.* 7. *c.* 20. imo has illis opponit. *Cui triremes, et aeratas non mitterem, lusorias, et cubiculatas, et alia ludibria Regum in mari lascivientium mittam. Triremes, et aeratas beneficii rependendi caussa mittendas non esse Regi faero immanique, qui perniciem exitiumque populis earum ope sit allaturus.* Hae enim ad bellum paratae erant. *Cubiculatas*, hoc est, thalamegos, quae ad fovendam lascivientis luxuriam sunt aedificatae, mitti quia nulli perniciem afferunt. Celeberrima est navis thalamegus a Ptolomaeo Philopatore constructa, ut Nili navigatione luxuriaretur, quam concinne copioseque describit Athen. *Dipnos Lib.* 5. et thalamegus Cleopatrae, in qua cum Caesare luxuriabatur. Sveton. *in ejus vita c.* 52. *Cum qua et convivia in primam lucem saepe protraxit, et eadem navae thalamego pene Æthiopia tenus Ægyptum penetravit.* Igitur naves rostratae quaedam habebant rostrum aere ferrove, ut plurimum tricuspide armatum, quo naves inimicas incursu praecipiti foderent, ac scinderent, ac saepe submergerent: atque hae naves *aeratae* dicebantur. Aliae habebant rostrum neque ferro neque aere munitum, vel ornamenti causa, vel ut facilius maris undas finderent, et mare sulcarent. Scite Virgil. 5. *Æneid.*

— totumque dehiscit
Convulsum remis, rostrisque tridentibus aequor.

Lucan. *in Lib.* 3.

— nam murmure vasto
Impulsum rostris sonuit mare.

Id Virgil. *Lib.* 1. *vers.* 39.

> *Vela dabant laeti, et spumas salis aere ruebant.*

Sed haec accuratius examinare non est hic locus. Plane Eudaemonis navem, qua tam magnum iter in Italiam usque conficiebat, rostratam fuisse non dubito. Quid enim, si in piratas incidisset?

22 Nec illud quidem ambigendum puto, quin Lex Rhodiorum longius protracta fuerit atque producta usu invelescente, et publicanorum audacia, et aviditate. Porro Antoninus ad fraenandam eorum improbitatem constituit in *L.* 1. *C. de naufrag. Si quando naufragio navis expulsa fuerit ad litus, vel si quando aliquam terram attigerit, ad dominos pertineat; fiscus meus sese non interponat. Quod enim jus habeat fiscus in aliena calamitate, ut de re tam luctuosa compendium sectetur?* Hanc Legem Antonini esse, licet aliter inscribatur, recte putant eruditi. Patet ex *l. ult. ff. de incendio, ruina, naufrag. Licere unicuique naufragium suum impune colligere constat: idque Imperator Antoninus cum Divo Patre rescripsit.* Vide, quo processerat improbitas publicanorum. Recte Juvenalis.

Res fisci est, ubicumque natat.

Tacit. *Lib.* 13. *annal.* 50. *Eodem anno crebris populi flagitationibus immodestiam publicanorum arguentis, dubitavit Nero, an cuncta vectigalia tolleret: idque donum generi mortalium daret;* et paulo post: *Temperandas plane publicanorum cupidines, ne per tot annos sine querela tolerata navis acerbitatibus ad invidiam verterent.* Subjicit hic edictum Imperatoris. Frequentes erant populorum quaerelae, ad Senatum contra publicanos Cic. *ad Attic. lib.* 1. *Ep.* 15. *Cato, qui miseros publicanos, quos habuit amantissimos sui, tertium jam mensem vexat, neque a Senatu responsum dari patitur etc. quare etiam legationes rejectum iri puto.* Maxime contra Rhodios De Cauniorum querelis Cicero ad *Q. Fratrem epist.* 1. *lib.* 1. cujus verba supra attulimus. Liv. *lib.* 41. *Æque miserabilis legatio Lyciorum, qui crudelitatem Rhodiorum, quibus a L. Scipione attributi erant, querebantur: fuisse sub ditione Antiochi: eam regiam servitutem collatam cum praesenti statu praeclaram libertatem visam.* Caunii quoque aliquando a Rhodiis defecerunt, sed judicio Romanorum iterum in ditionem redacti. Strabo, *lib.* 14.

CAPUT V.

Ad Eandem L.

SUMMARIUM.

I. Expenditur V. Cl. emendatio.
II. Æthalia est Ilva infusa in Thusco mari, ferri fodinis celebris, et n. III. IV.
V. Contraria Ptolemaei et Strabonis loca explicantur.
VI. Si legatur Ætalia pro Italia, distantia a Cycladibus augetur.
VII. Æthalia non est Chios, neque Lemnos et num. VIII.
IX. Prava consuetudo diripiendi naves, ubi naufragium fecerunt.
X. Navis naufraga in oras longe dissitas non numquam jactatur.
XI. Idem jus habent Principes in gentes ac provincias ipsis subjectas, quod habebat olim Romanus Imperator in totum mundum, cui tunc dominabatur.
XII. Lex auctoritatem habet a Principe, vel a populo, nihilque detrahit eorum dominio.

Superiori dissertationi laciniam attexam. Hanc legem magni nominis Critici, ex sua libidine quisque corrigit. Singulas emendationes non persequar: longum id esset, atque inutile: nam futiles sunt fere omnes. Illam tantum attingam, de qua Vir Clarissimus gloriatur: et quidem non temere: est enim digna viro doctissimo, et de jurisprudentia optime merito. Exponit Eudaemon Antonino calamitatem suam: *naufragium in Italia facientes dirempti sumus a publicanis, Cyclades insulas habitantibus.* Qui fie- 1
ri potest, ut haec contingant in locis

adeo distantibus, longeque sejunctis? In hunc scopulum omnes impingunt, atque adeo naufragium faciunt. Optime atque expeditissime scopulum praetervehitur vir eruditissimus: pro *Italia* enim reponit *Æthaliam*. Cur hanc emendationem non probem omnino, in causa est, quod et a legibus corrigendis sum alienissimus: et quod haec mutatio, locorum distantiam auget, non minuit.

2 AEthalia insula est Ilva in Thusco mari sita, ferri fodinis celeberrima. Plin. *Lib.* 3. *c.* 6. *Ilva cum ferri metallis a Graecis Æthalia dicta* Strabo *Lib.* 5. *His multo vicinior continenti est Æthalia ad CCC. stadia inde, totidemque a*
3 *Corsica distans.* Et paulo post: *Illud vero omnino insolitum et singulare habet Æthalia, quod cavitates, unde sunt effossa metalla rursus tractu temporis replentur.* Multa alia subdit de AEthalia, quae perspicue demonstrant Ilvam esse.

Cum effossa metalla assidue renascantur, et ea nunquam exhauriantur, idcirco Virgil. *Lib.* 10. *Æneid.*

> *Ast Ilva trecentos.*
> *Insula inexhaustis chalybum generosa metallis.*

Vere *inexhaustis* cum etiam post mille septingentos annos adhuc effodiantur in maxima copia. Rutil. *in Itiner.*

> *Occurrit chalybum memorabilis Ilva metallis.*
> *Qua nihil uberius Norica gleba tulit.*

Id. Strabo non multo post: *Ab omni regione inter Populonium et Pisas non obscurae conspiciuntur insulae. Quarum tres oblongae parallelis fere lineis Noto Lybiaeque observae, earumque minima est | AEthalia.* Diodor. *Sicul. Lib.* 5. *Nam ad oppidum Etruriae, quod Populonium dicitur, AEthalia jacet, quae a Lipara centum ferme stadia distat, quae nomen accepit a copia fuliginis et favillae.* Stephan. de Urb. *AEthale insula Tyrrhenorum, auctore Hecataeo in Europa. Videtur autem ita appellata a ferro, quod in hac insula conficitur. Philistus vero in lib.* 5. *rerum Sicularum eam AEthaliam vocat, quemadmodum etiam Herodianus, et Orus.* Aristotel. *in Mirabil. In Hetruria fertur quaedam insula, AEtha-* 4
lia nuncupata: in qua ex eodem metallo prius quidem aes effossum fuit, unde omnia vasa aenea apud illos esse feruntur. In ea enim continetur copiose lapis, qui plurimum ferri commixtum habet, quem scindunt ad stricturam et conflaturam ferri, etc. Negat hoc Strabo: *Vidimus etiam, ferrum ex Æthalia allatum, neque enim potest ea in insula in stricturam cogi, sed simul ac effossum, perfertur in continentem.* Idem negat etiam Varro, ut refert Servius ad superiorem Virgilii versum: *Varro et aliud dicit, nasci quidem illic ferrum, sed in stricturam non posse cogi, nisi trasvectum in Populoniam Thusciae civitatem.* Ob penuriam lignorum arbitror id evenisse: nam et hodie ob hanc causam in continentem trasportatur. Caeterum antiquitus ibi fornaces fuisse ad ferri constaturam non dubito, cum ab illis insula nomen acceperit, ut innuit Diodorus. Ab αἴθω enim αἰθάλω, αἰθαλόω quod significat *ardeo, comburo*, appellata fuit *Æthalia* ob fornaces, in quibus ferrum cogebatur in stricturam. Sed crescente usu ejus metalli, et sylvis paulatim excisis, necesse fuit aliò ferrum transferre excoquendum, conflandumque. In AEthalia sive Ilva erat portus, qui a navi Argo dicebatur Argous. Diodor. *lib.* 5. *de Argonautis: Circa Etruriam navigantes, in insulam, quae vocatur Æthalia, delati, portum in ea pulcherrimum omnium, qui in illis locis sunt, Argoum a navi Argo nuncuparunt, quod nomen ad hanc usque diem retinet.* Nunc a ferro vocatur Portus Ferrarius, sicut Ilva dicitur *Elba*,

quae nomine etiam a Gregorio Magno fuit appellata, *lib.* 3. *Dial. cap.* 11.

5 Non ignoro Ptolemaeum, et Strabonem AEthaliam ab Ilva distinguere. Ille insulas Thyrrheni maris recenset Gorgonem, AEthalem, Caprariam, et Ilvam. Hic lib. 2. πρόσγειοι δὲ Αἰθαλία τε καὶ Πλανασία καὶ Ἰλυα. *Ad continentem vero sitae Æthalia, et Planasia, et Ilva:* Quod ad primum attinet, doctissimus Salmasius observat Ptolemaeum non semel loca vel urbes duplicare, quoties earum nomen latinum discrepat a graeco. Solinus: *Clypeum civitatem Siculi extruunt et Aspida nominant.* Ptolemaeus autem ex una duas fecit, Clypeam, et Aspida Κλυπεία, Ερμαία, ἄκρα, Ἀσπὶς Ita pariter Pithecusam et AEnariam tamquam differentes insulas recenset, cum tamen utraque eadem sit, a similis appellata tum latine, tum graece. Sic etiam AEthaliam et Ilvam quasi diversas insulas recensuit, cum tamen eadem sit AEthalia graece, latine Ilva nominata: quod nomen a Graeco scite deducit idem Salmasius. Quod ad Strabonem autem, doctissimus Casaubonus notat, in quatuor antiquis codicibus manuscriptis non reperiri verba illa, καὶ Ἰλύα, adeoque adjecta fuisse ab aliquo, qui in Ptolemaeo legerat has duas insulas, quasi diversas. Nec aliter se res habere poteat: non solum enim ab omnibus scriptoribus eadem censetur, sed etiam ab ipso Strabone, qui ubi describit AEthaliam, ut in libro quinto, ei tribuit omnia, quae singulariter conveniunt Ilvae. Praeterquam quod haec insula AEthalia ab Ilva distincta in mari Thyrrheno nusquam reperitur.

6 Sed utrumque fit, quod ad rem nostram pertinet, nihil omnino refert, utrum duae sint insulae separatae, an vero una tantummodo. Etenim cum praeter omnes alios scriptores, etiam Ptolemaeus et Strabo AEthaliam recenseant inter insulas Etruriae adjacentes, illud consequens est, Eudaemonem naufragium in Italia fecisse: et si legamus AEthaliam pro Italia, augeri, non minui locorum distantiam. Quoniam si ad Rhegium, ad Scyllaeum oppidum, ad Zephyrium promontorium, vel aliquod aliud eorum, quae sunt in extremo Italiae margine, ut Leucopetra, et Caenys, et alia, naufragium factum fuisse fingamus, multo propius ad Cycladas factum erit, quam si in insula AEthalia.

At enim Plinius etiam Chium inter 7
Lesbum et Samum sitam nuncupari AEthaliam refert *lib.* 5. *c.* 3. cujus auctoritate movetur V. Cl. Ego contra adduci non possum, ut credam, Eudaemonem de Chio sensisse. Neque tanti est, ut me moveat Plinii auctoritas. Primum quia Plinius non ait, Chium vocari AEthaliam, sed quod Ephorus prisco nomine sic eam appellavit. Verba Plinii: *Chios libera, quam Æthaliam Ephorus prisco nomine appellat.* Non vocabatur AEthalia, Plinii aetate, sed Chios, vel a Chione Nympha, vel a nivibus, quibus montes ad Boream et Occidentem operiuntur. Stephan. *de Urb.* ἐν δὲ πόλις Χίος ἀπὸ Χίου τῆς Ὠκεανοῦ ἢ ἀπὸ τοῦ χιόνος τῆς ἐκεῖ γενομένης πολλῆς, ἢ ἀπὸ Νύμφης τῆς Χιόνης. *Inest autem Chios urbs a Chio Oceani filia, vel à nive; quae ibi copiose decidit; vel à Nympha Chione.* Cur AEthalia dici deberet, nulla ratio est, cum ibi neque metalla effodiantur, neque fornacibus ignis anhelet, ut ait poeta. Singulariter igitur eam ita appellavit Ephorus, et quidem prisco nomine, non usitato: rectene, an secus, non exquiro. Porro AEthaliae nomine Lemnum potius significari crederem, quae non longe distat a Cycladibus, et AEthalia nominabatur etiam aetate Polybii, teste Stephano, cui nomen hoc maxime conveniebat ob Vulcani officinas, ut in Etymol. Magno in verbo Αἰθάλη. Certe hoc nomen Chio minus convenit: et Ephorus etsi fuerit praeclarus historicus, tamen saepe numero a Strabone reprehenditur, quod interdum a vero aberret, interdum fabulas intermisceat, interdum fingat absurda. Sed Ephori existimationi nihil de- 8

tractum volo. Fortasse Chion AEthaliam vocavit, quia Glaucus Chius ferruminationem invenit excellens ferri fabricator: de quo Herodotus *lib.* 1. Athenaeus *lib.* 5. Pausan. *in Phoci.* Licet Stephanus eum Samium fuisse dicat. Qui etiam Ephoro videtur assentiri. Δύναται τὸ Αἰθαλίτης ἀντὶ τοῦ Χῖος, οὕτω γὰρ ἡ Χῖος ἐλέγετο. *Potest etiam Æthalita sumi pro Chio: ita enim Chios dicebatur.* Verumtamen credimusne, Navarchum tam eruditum fuisse et gnarum antiquitatis, ut sciverit Chion AEthaliam fuisse appellatam ab Ephoro, qui sexcentis fere annis ante floruerat? Fac scivisse. Quid est, cur locum Imperatori designaturus, ubi naufragium fecerat, inusitatum nomen ejus indagaverit; tritum, et commune reliquerit? Ecquis tam fatuus, qui, ut exponat Imperatori, se Rhodi fecisse naufragium, dicat se apud AEthraeam, vel Telchinem, vel Pontiam, vel Pelagiam, vel Trinacriam, vel Asteriam naufragium fecisse, licet his nominibus Rhodus a Scriptoribus nuncupetur? Praeterea cum Ilva Romanis notissima, et in eorum fere conspectu sita, Graece AEthalia diceretur (quod Graecus nauclerus sive piraticam, sive mercaturam exerceret, utique scire debebat) stultus plane fuit, si AEthaliam pro Chio nominavit, quo nomine in errorem facile induci potuit Imperator, putans eum de Ilva, non de Chio loqui, quemadmodum quilibet putaverit de Sicilia loqui, non de Rhodo eum, qui Trinacriam nominaverit. Erat quidem et Chios tum propter vina, quae Romam advehebantur, celebratissima, tum propter marmora, sed haec omnia Chia dicebantur: nomen AEthaliae incognitum praeterquam ad notandam Ilvam. Quis credat igitur, tam fatuum fuisse Eudaemonem, ut recondito ac retruso nomine uteretur in expositione suae calamitatis, relicto nomine usitato, ne ab Imperatore intelligeretur? Est ne hoc sani hominis?

9 Denique verisimile est, Eudaemonem exposuisse Imperatori naufragium in Italia factum, tum ad excitandam commiserationem, tum ad exaggerandam iniquitatem publicanorum, qui diripuerant naufragos, qui tam longe a Cycladibus naufragium fecerant. Licet enim alicubi invaluisset prava consuetudo diripiendi naves, quae naufragium fecerant, ut constat ex ejusdem Antonini constitutione, de qua supra; tamen id fortasse observabatur, cum ibi navis naufragium fecerat, et ad litus expulsa fuerat vel ipsa navis, vel merces, et armamenta: non autem eum in longinqua regione facto naufragio salva navis ad aliquam insulam aut portum appulsa erat, ut in *l. navis* 6. *ff. de lege Rhod.*

10 Enimvero non intelligo, cur tantopere laborandum sit, ut Italiae nomen expungamus. Sunt quidem longe remota a Cycladibus Italiae litora: sed nonnunquam accidit, navim naufragam in oras longe dissitas tempestate jactari. Neque enim semper navis ipsa demergitur, et fluctibus absorbetur. Scinduntur vela, franguntur antennae, vadis ipsa navis illiditur: postmodum vero vel jactis in mare mercibus levata, vel aquarum impetu fluctuque decumano sublevata, scopulis vadisque detruditur, et in longinquas regiones undis jactata, vel etiam cursu tranquillo sedata tempestate defertur, cujusmodi casus proponitur a Juliano in *l. navis* 6. *ff. de leg. Rhod.* Ejusmodi tempestatem, qua nulla saevior, ac vehementior, describit Virgilius in primo divini operis;

Talia jactanti stridens aquilone procella
Velum adversa ferit, fluctusque ad sidera tollit
Franguntur remi, tum prora avertit, et undis
Dat latus, etc.
Tres notus abreptas in saxa latentia torquet, etc.
— tres Eurus ab alto
In brevia, et syrtes urget (miserabile visu!)

Illiditque vadis, atque aggere cin-
git arenae.

Quid tum? evolutae, et fluctibus illinc detrusae in portum Carthaginis ejiciuntur.

Cymothoe, simul et Triton adni-
xus, acuto
Detrudunt naves scopulo, leva
ipse tridenti
Et vastas aperit syrtes, et tempe-
rat aequor.

Scite notat hic Nannius, quod *τυτῶν* est fluctus maris; Cymothoe, aquarum impetus, id enim graece significat haec nomina; Neptunus autem est ipsum mare. Eleganter autem et more poetico fingit, a Deo liberatam fuisse classem AEneae, quam a Deo finxerat fuisse vexatam. Vide reliqua, totamque descriptionem, quae modum excedit admirationis humanae. Hoc tantum interest inter naufragium AEneae, et naufragium Eudaemonis, quod ille a Carthaginensibus fuit humaniter exceptus; hic a Cycladum incolis crudeliter direptus.

Pro coronide ut omne scrupulum evellam, alia duo leviter attingam: quae nonnullos torquent interpretes. Quidam enim verentur, ne hac lege aliis Principibus imperium et dominium adimatur, quod in universum hic Imperatori tribuitur, et avellatur imperium maris, quod hic legi conceditur. Utrumque est
11 ineptissimum. Veteres interpretes nimio plus suaves existimarunt dominium mundi penes Imperatorem ad hoc aevi mansisse. Absurde plane. Imperator Romanus erat olim dominus mundi, quem possidebat, et ditione tenebat. Populus Romanus erat dominus omnium gentium; earum scilicet, quas armis, belloque subegerat, vel timore Romanae potentiae perculsas, vel publica ductas utilitate, vel amicitia illectas sub imperium ditionemque subjunxerat. Sic Imperator hoc tempore dominus est earum gentium, quae sunt ejus potestati, imperioque subjectae, earum provinciarum, quas possidet, quibus imperat. Quam minimam autem partem Imperii Romani possidet? Haud aliter alii Reges, Principes, Populi sunt domini earum gentium, ac provinciarum, quae sunt eorum ditioni, potestatique subjectae. Eadem enim arte, iisdemque modis eas acquisiverunt, quibus Populus Romanus imperium mundi adeptus fuit. Nulla igitur ratio potest excogitari, cur ille fuerit dominus mundi, quem fuit adeptus, hi non sint domini provinciarum, quas similiter adepti fuerunt.

Lex itidem non adimit Populo vel 12
Principi dominium maris: (siquidem ipsi competat: est enim de hoc inter doctos magna contentio, quae non est hujus loci) qua eatenus Lex domina maris dicitur, quatenus maritimas controversias decidit, et quae in mari acciderunt, Lege judicari debent et juxta praescriptum ejus, et jussa definiri, Harmenop. *lib.* 2. *c.* 11. *Nautica omnia et quae in mari accidunt controversiae, Lege Rhodia deciduntur, et secundum Leges Rhodias disceptantur ac judicantur.* Quamobrem Imperator, ut dixit, Legem esse maris dominam, statim subdit: *Lege id Rhodia, quae de rebus nauticis perscripta est, judicetur.* Bene, ut semper, Cicero in *primo de Legib. Lex est, quae scripto sancit, quod vult, aut jubendo, aut vetando.* Idem docet Modestinus *in l. Legis 7. ff. de Legib. Legis virtus est imperare, vetare, permittere, punire.* Hoc est imperium Legis, haec potestas, hoc dominium, quod nihil detrahit dominio potestatique Principis, aut Populi. Unde enim habet hanc auctoritatem Lex, et potestatem, nisi a Populo vel Principe, qui eam condidit, aut ab aliis conditam recepit, et jussit observari. *l. de quibus* §. 1. *ff. de Legib. Nam cum ipsae Leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod judicio populi receptae sunt.* Auct. ad Heren. *lib.* 2.

Lege jus est quod populi jussu sancitum est. Ergo Legis jussum, Legis imperium, est jussum et imperium Populi vel Principis Legislatoris: nam Lex ipsa per se nullam vim habet et auctoritatem imperandi, aut vetandi, nisi eam ipsi Legislator impertiatur. *Magistratum Legem esse loquentem, legem autem mutum Magistratum*: dixit Cicero 3. *de legib. in princ.* Sicut igitur Lex loquens nihil derogat de auctoritate, et imperio Principis, quia omnem auctoritatem habet a Principe; ita et Lex muta. Amplius sine imperio Legis nec hominum universum genus, nec domus ulla, nec civitas, nec gens stare, nec rerum natura omnis, nec ipse mundus potest, ut ibidem docet idem Cicero. Quocirca sicut Lex, quae de omnibus aliis rebus disponit, et omnia regit, ac temperat, nihil detrahit de imperio Principis, ita multo minus, quae de rebus nauticis tantummodo praescribit. Idcirco subjicit Antoninus: *quatenus nulla ei nostrarum Legum adversatur.* Recepta enim et approbata fuit a Romanis Lex Rhodia in his tantum, quae non adversabantur eorum Legibus. Accepit igitur auctoritatem a confirmatione, et approbatione populi, et Imperatoris, qui eam partim abrogavit, partim confirmavit, quemadmodum Legem Hieronicam, Rupiliam, Semproniam, et alias, de quibus Cicero in Verrem.

CAPUT VI.

Ad princ. tit. Inst. de just. et jur.

SUMMARIUM.

I. Vulgaris divisio justitiae in distributivam et commutativam.
II. Rectior divisio Aristotelis.
III. Proportio arithmetica et geometrica.
IV. Justitiam distributivam servare proportionem geometricam, potest admitti. Emendatrix justitia non semper servat arithmeticam.
V. In contractibus servat proportionem arithmeticam, quoad personas contrahentium.
VI. Geometricam quoad res, quae in contractum deducuntur.
VII. Exempla.
VIII. Idem est in ultimis voluntatibus.
IX. Et in aliis quamplurimis.

Interpretes fere omnes justitiam dividunt in distributivam, et commutativam juxta sententiam Aristotelis: ac distributivam esse definiunt eam, quae distribuit poenas, et praemia servata geometrica proportione: commutativam, quae in commutationibus, et commerciis versatur, in quibus tribuit cuique suum secundum proportionem arithmeticam. Sed pauci admodum Philosophi mentem sunt assecuti: nemo descripte, et electe explicavit: ego distinctius, et explicatius conabor enucleare. 1

Aristoteles igitur. *lib.* 5. Ethicor. *cap.* 5. justitiam particularem dividit in duas partes: in eam, quae versatur in distributione praemiorum, honorum, pecuniae, et aliarum rerum, que distribui debent inter eos, qui sunt ejusdem reip. et eam, quae in rebus contrahendis recta praecipit, pravaque corrigit, aequat inaequalia. Hanc emendatricem, illam distributricem possumus appellare: nostri distributivam, et commutativam dicunt. In hoc autem a sententia Philosophi recedunt, quod ad justitiam distributricem referunt etiam poenas, cum eas Aristoteles referat ad emendatricem. Ait enim hujus justitiae duas esse partes, quia vel a volentibus, vel ab invitis contrahitur. Primi generis esse ait contractus, veluti emptionem, mutuum, fidejussionem, et caeteros. Secundi generis delicta, veluti furtum, adulterium, lenocinium, et reliqua ejusmodi. 2

Justitiam distributricem in distributione praemiorum ait observare proportionem geometricam, quia ea distribuit pro conditione, ac dignitate civis bene meriti. Contra vero justitiam emendatricem observare proportionem arithmeticam posthabita conditione, ac dignitate personarum. Proportio enim arithmetica dicitur cum pari excessu, altera, alteram quantitatem superat; ita ut aequali- 3

bus semper intervallis inter se distent; progreditur enim semper per incrementa aequalia: ut recte definit Pappus Alexandrinus *Mathemat. Collect. lib.* 3. *post Propos.* 4. Geometrica vero proportio est, cum excessus eadem ratione superat excessum, qua quantitas quantitatem, ita ut eo majori intervallo altera distet ab altera, major est. Exemplum esto. In proportione arithmetica 4. 6. 8. 10. 12. qui omnes pari excessu se superant, nempe binario, et paribus inter se distant intervallis. In proportione geometrica 4. 8. 16. 32. 64. in quibus numeri alter alterum superant eadem sui parte, nempe dimidia: et tanto major est excessus, quanto major est quantitas: nam excessus secundi supra primum est 4. et tertii supra secundum est 8 quarti est 16. atque ita deinceps aucta quantitate tantumdem augetur excessus, et incrementum.

4 Quantum autem attinet ad Aristotelis et interpretum nostrorum sententiam admitti potest, justitiam distributricem servare proportionem geometricam: etsi enim hoc veritati non sit omnino consentaneum, ab ea tamen non est prorsus alienum. In distribuendis enim praemiis, et honoribus habet rationem personarum, et qui dignior est, et excellentior, majoribus praemiis, et honoribus est afficiendus. Sed quis potest haec tam exacte metiri, ut dici possit, servari proportio, ut recte definit Euclides in *lib.* 5. In actionibus, in honoribus, in conditione personarum nulla certa mensura reperiri potest, et ideo ad haec proportio nequit accommodari. Apparent igitur in hac justitiae parte potius quaedam vestigia, et adumbratio geometricae proportionis, quam ipsa proportio.

Altera vero justitiae pars neque semper arithmeticam proportionem servat: neque eo modo, quod id nostri interpretes acceperunt. Primum autem in delictis non servari proportionem arithmeticam, exploratissimum est; cum in poenis irrogandis maxime conditio personarum attendatur: ut constat ex *l.* 1. *in fin. et l. pen. ff. ad Leg. Corn. de fiear.* ex *l. aut facta* 16. §. *persona* ex *l. ex servorum* 10. *in princ.* ex *l. capitalium* 28. §. *non omnes ff. de poen.* ex *l. ult. ff. de injur.* ex *l. Pedius* §. 1. *ff. de incend. ruin. naufrag. l. Praetor edixit* 7. §. *praeterea ff. de injur.* Itaque rectius interpretes nostri haec referunt ad eam justitiae partem, quae servat proportionem geometricam, habita ratione personarum.

Praeterea nec in contractibus quidem atque commerciis, posthabita semper conditione personarum, omnes pari jure censentur. Annon enim pupilli contrahendo non obligantur, licet obligentur illi, qui cum ipsis contrahunt? *L. Julianus* 13. §. *si quis a pupillo* 19. *ff. de act. empt.* §. 1. *et seqq. instit. tit. de auctor. tutor.* Annon minores ratione aetatis in integrum restituuntur? *l.* 1. §. 1. *l. minoribus l.* 1. §. 1. *l. ait praetor et toto tit. ff. de minor.* Annon pupillis et minoribus alienationes non obsunt, sicut majoribus? §. 1. *instit. tit. quib. alien. lic. vel non l.* 1. *et tot. tit. ff. de reb. eor.* Spectatur persona mulierum in intercessionibus *l.* 1. *et* 2. *et tot. tit. ff. ad S. C. Vellejanum.* Persona filiorum fam. in mutuo *l.* 1. et *tot. tit. ff. de S. C. Macedon.* Persona mariti cum de dote convenitur *L. maritum* 12. *cum seq. ff. sol. matrim.* Persona parentis et patroni. *L. sunt qui* 16. *et seq. ff. de re judic.* §. *sed et si quis* 38. *instit. tit. de act.* Persona socii *d.* §. *et l. verum* 63. *ff. pro soc.* Persona filii emancipati, vel exheredati, vel abstinentis ab hereditate paterna *l.* 2. *ff. quod cum eo qui etc.* Persona militum in condendis testamentis *tot. tit. instit. et ff. et C. de milit. testam.* Persona parentum et liberorum *l. hac consultissima* §. *ex imperfecto C. de testam. ordin.* Quid? quod alimenta ex dignitate personae statuantur. *L. si cui* 14. *ff. de ann. leg. l.* 1. §. *mulier* 19. *l. habitatio* 4. *ff. de ventr. in poss. mitt. l. sed etsi quid* 15.

§. *sufficienter ff. de usufr.* Dos constituitur pro dignitate mulieris ac mariti. *l. quaero l. cum post* 70. §. *gener. et* §. *nuptiis ff. de jure dot.* Sunt et alia quamplurima in jure nostro specialiter constituta, spectata conditione personae; quocirca non omnibus idem tribuit justitia commutativa.

Sed his etiam insuper habitis, in iis
5 quoque, quae generaliter a jure in universum sanciuntur, posthabita ratione personarum, non omnimodo arithmetica proportio servatur. Sed ita distinguendum est. Aut justitia consideratur quoad meritum, dignitatem, et conditionem contrahentium, et tunc servat proportionem arithmeticam: aequalia enim omnibus tribuit, nec habet rationem personarum. Tantidem enim emit, aut conducit princeps, et subditus: nobilis, et ignobilis; dives, et pauper; bonus, et malus eodem modo, eodemque vinculo hi omnes adstringuntur contrahendo, et obligantur. Et ita est interpretandus Aristoteles: ait enim *capite* 7. *Jus autem, quod in contractibus versatur, est illud quidem aequale quiddam, et injuria inaequale: verum non illa proportione, sed arithmetica: nihil enim refert, utrum vir bonus malum hominem fraudarit, aut malus homo virum bonum.*

Aut consideratur quoad res, quae in
6 contractum et obligationem deducuntur, quae in commercio habentur, et tunc proportionem geometricam servat, et si aliter observaretur, id esset iniquissimum. Sed animadvertendum est, quod haec proportio non potest locum habere, nisi in his contractibus, et commutationibus, in quibus aliquid hinc inde datur, et accipitur: nam omnis proportio saltem in quatuor terminis consistit, ut ait idem Aristot. *d. lib.* 3. *cap.* 6. Itaque necesse est, ut duae sint personae, duaeque res, de quibus contrahitur. Quamobrem in stipulatione, in donatione, in deposito, in commodato, in mandato, quae gratuita sunt, nec geometrica, nec arithmetica proportio in ipsis rebus locum habere potest. In aliis autem omnibus contractibus, detractionibus, divisionibus, in quibus aliquid hinc inde datur, et accipitur, vel retinetur, geometrica proportio servetur. Exemplis id explicemus.

In societate geometricam servari pro- 7
portionem, compertum est, et exploratum. Lucrum enim et damnum inter socios dividuntur pro rata portione ejus, quod quisque contulit in societatem. *l. si societatem* 6. *l. si non fuerint* 29. *l. quid enim* 81. §. 1. *ff. pro soc.* Ac propterea si alter contulerit quadringenta, alter centum: ille quatuor partes lucri, hic unicam tantum ferre debet: est autem proportio geometrica inter hos numeros 4. 1. 400. 100. Quod si quis utrique aequales lucri partes assignaret, divisio esset injustissima, et jure posset retractari, *l. quid enim* 81. *ff. pro soc.* Adeo ut nec pactum quidem valeat *l. si non fuerint* 29. *ff. pro soc.* Neque hoc est singulare in societate, ut nostri arbitrantur, sed commune omnium contractuum, et ultimarum voluntatum. Nam et in emptione, et venditione si crescat, aut decrescat mensura rei venditae, pretium quoque augeri aut minui debet pro rata portione mensurae, ac bonitatis *l. si servum* 4. §. *si modus ff. de action. empti. l. qui fundum* 40. §. *qui agrum ff. de contrah. empt. l. qui fundum* 48. *ff. de eviction.* Idem si pars evincatur *l. ex mille* 64. *ff. de eviction.* Nec aliter fieri potest ad servandam aequalitatem inter emptorem, et venditorem. An enim servaret aequalitatem, si quis cum triginta denariis vendidisset decem ulnas panni, alias quinque ulnas ejusdem panni vellet vendere denariis viginti quinque? Et tamen hi numeri 10. 5. 30. 25. sunt in proportione arithmetica. An ille, qui cum mille aureis vendiderit centum jugera, si emptori decem jugera fuerint evicta, velit reficere tantummodo decem aureos, quia 90. 100. 900. 1000. sunt in propor-

tione arithmetica? Utique hic debet reficere centum aureos *d. l. qui fundum ff. de evict.* quia 90. 100. 900. 1000. sunt in proportione geometrica; nam uterque decima sui parte alterum superat. Haud aliter alter debet vendere quinque ulnas quindecim denariis, quia 5. 15. 10. 30. geometrice sunt proportionales, cum alter alterius sit tertia pars. Atque haec confessa sunt, et manifesta.

Idem prorsus usu venit in locatione, et conductione, in qua merces, et salarium tum constituitur, tum remittitur pro rata temporis, laboris, operarum. *l. Sejo amico* 10. *in princ. ff. de ann. legat. l. Si quis domum* 8. §. 1. *l. cum venderem* 21. *l. si merces* §. *si vicino l. qui insulam* 30. *in princ. et in* §. 1. *l. si uno* 15. *alias. l. ex conducto* §. *ubicumque et l. sed addes* 19. §. *si quis cum in annum ff. locat.* Itaque si tertia pars operae praestetur, tertia pars mercedis debetur *d. l. Sejo amico.* Si conductor tertia parte temporis conventi fruatur, tertiam partem mercedis persolvit ex laudatis *LL.* atque ita semper juxta proportionem.

Nec aliter observatur in rescindenda tum emptione, et venditione, tum etiam locatione. Cum enim in *l. 2. et* 8. *C. de rescind. vendit.* praescribatur quota pars justi pretii, supra quam laesus potest agere ad rescindendam venditionem, hoc fieri non potest, nisi servata geometrica proportione. Sicut enim venditor, qui vendit minus quam quinque id, quod decem constat, beneficio legis uti potest; ita, et qui vendit minus quam viginti, quod constat quadraginta: uterque enim minus quam dimidium justi pretii consequitur. Atqui 40. 20. 10. 5. sunt in proportione geometrica, in qua semper est totum ad sui dimidium, aut quamcumque ratam, et quotam sui partem. Itaque quotiescumque lex praescribit quotam, et ratam quamlibet partem, semper necessario utendum est proportione geometrica. Quodlibet enim totum ad eamdem sui ipsius partem habet eamdem rationem.

Ad mutuum, ut diximus, nulla proportio pertinet, cum in re, quae mutuo datur, solummodo consistat, et solummodo mutuatarius obligetur ad tantumdem restituendum. *l. 2. et 3. ff. de reb. cred. princ. tit. instit. de obligat. quae re contr.* Verumtamen si non sit omnino gratuitum, et usurae promissae fuerint, quia tunc inter datum, et acceptum aliqua proportio intercedat necesse est, non arithmetica, sed geometrica proportione servata praestantur usurae. Nam usurae semper praestantur habita ratione sortis, cujus sunt rata quaedam portio, et quota pars. Usurae enim centesimae sunt, quando singulis mensibus praestatur centesima pars sortis debitae, de quibus in *l. si pro mutua C. si cert. pet.* in *l. ult.* §. *ult. C. de jure dot. l. unic.* §. *cum autem in fin. C. de rei uxor. act. l. 1. et 2. C. de usur. rei judic.* Usurae semisses, quoties semis centesimae partis singulis mensibus, hoc est, sex annua pro centenario praestantur, ut in *l. cum quid* 17. *in princ. ff. de usur.* Quincunces, cum quinque annua. *l. a filio in princ. et l. alimenta* §. *Basilicae ff. de alim. leg.* Usurae quadrantes, quoties tria *l. liberti* 41. §. *largius ff. de ann. leg.* Atque ita de caeteris, quae semper pro rata sortis promittuntur, atque praestantur.

In pignore quoque raro evenit, ut aliqua proportio possit considerari Verumtamen si pro duobus debitis inaequalibus simul obligetur, eo vendito pretium ex venditione redactum cedit in extinctionem utriusque debiti pro rata, hoc est, juxta proportionem geometricam *l. pupilli* 96. §. *cum eodem ff. de solut.*

In solutione autem semper proportio geometrica servatur. *l. pro debito* 6. *C. de bon. aut. jud. possid.* Nam quoties par est dierum, et contractuum causa, ex omnibus summis pro portione videtur solutum *l. illud* 8. *ff. de solut.* Et

servus rationes reddere jussus pro hereditaria portione heredibus reliqua solvere debet *l. si quis testamento* 2. *ff. de statu lib.* Facit ad rem text. in *l. adhuc interesse* alias *l. Sed etsi* 25. §. 1. *in princ. ff. de usufr.* Et ad proportionem geometricam pertinet, quod traditum est in *l. si tamen plures* 4. *in princ ff. de exercit. act.* de distributione mercis peculiari in *l. procuratori* 5. §. *ult. ff. de tributor. act.* et de peculio in *l. si peculium* 6. *in princ. ff. de pecul. leg.*

8 De ultimis voluntatibus nulla potest esse controversia, nam et actiones hereditariae inter coheredes pro portione hereditaria dividuntur *l.* 1. *C. de heredit. act. l. ea quae C. famil. ercisc. l. pacto successorum C. de pact. l. plane ff. famil. ercisc.*

Et actiones, et onera hereditaria inter heredem et fideicommissarium pro rata, hoc est, pro portione geometrica dividuntur. §. *sed quia in fine et* §. *ergo instit. tit. de fideicom. heredit. l.* 2. *C. ad S. C. Trebell. l.* 1. §. *si is, qui quadringenta et* §. *sed si quadringenta et passim in tit. ff. ad S. C. Trebell.*

Item Legitima, Trebellianica, et Falcidia ad normam geometricae proportionis detrahuntur, cum sint quotae bonorum vel hereditatis *l.* 2. *C. de inoffic. don. l. parentibus* 8. *l. quae nuper* 31. *C. de inoffic. testam. l. in quartam* 91. *ff. ad Leg. Falcid.* §. *cum autem instit. tit. eod. d.* §. *Sed quia inst. de fideicom. hered.*

Item pars vacans heredibus accrescit, et decrescit pro portione hereditaria *l. interdum* 13. §. *sed si alter, et* §. *seq. l. liber homo* 59. §. *cum quis ex institutis l. si ita quis heredes* 66. *ff. de hered. instit. l. un.* §. *his ita definitis cum* §§. *seqq. C. de caduc. tollend.* §. *videamus instit. de hered. inst.* §. *si quis autem non implens auth. de hered. et falcid. l. etsi* 4. *l. sorori* 6. *ff. si pars hered. pet. l. si libertus* 34. *ff. de bon. libert.* Atque eadem proportio servatur in substitutione juxta computationem Ulpiani in *l. si plures sint* 24. *ff. de vulg. et pupill.* quam confirmarunt Imperatores in *l.* 1. *C. de impub. et al. substit.* et in §. *etsi ex disparibus instit. tit. de vulgar.* Idemque obtinet in pupillari substitutione *l. qui liberis* 8. §. *haec verba in fin. et l. seq. et l. sed etsi plures* 10. *in prin. ff. de vulg. et pupill.* §. *substituitur instit. tit. de pupill. substit.*

Et hoc perpetuum est in jure accrescendi, ut tam emolumentum, quam onus accrescat ad normam geometricae proportionis. Itaque et si legatum deficiat, hac ratione singulis heredibus accrescit *l. plane* 34. §. *inde dicitur. ff. de legat.* 1. *l. un.* §. *sed ut manifestetur C. de caduc. toll.* Etsi fideicommissum institutis, aut substitutis est restituendum, eadem computatio adhibetur *l. quoties* 23. *l. epistolam* 75. *in princ. et l. Lucius* 78. §. *pater puerum ff. ad S. C. Trebell.* Legatariis etiam pars legati vacans accrescit pro rata *l. Maevio* 41. *in princ. ff. de legat.* 2. quod in gravamine etiam et onere injuncto constitutum est *l. un.* §. *ne autem C. de caduc. tollend.*

Item heredes pro portionibus hereditariis legata solvunt, nisi aliquod legatum expressis eorum nominibus dare jussi fuerint. *l. sive a certis* 17. *ff. de duobus reis. l. turpia* 57. §. 1. *et l. Si heredes* 124. *ff de leg.* 1. *l. mortuo* 50. §. *ult. ff. de legat.* 2. Id etiam, quod mortis causa capiunt, pro portione hereditaria ipsis debetur *l. ita liber esse jussus* 8. §. 1. *l. si quis testamento* 12. *ff. de statuliber.* Et pro rata exonerandi sunt heredes ejus partis nomine, cujus emolumentum ipsis ablatum fuit *l.* 1. §. *qui minorem ff. ut leg. vel fideic. nom. cav.*

Item servus plurium pro portione dominii singulis dominis legatum acquirit *l. si servus plurium* 50. *in princ. ff. de legat.* 1. *l. et Proculus* 20. *in fin. ff. de legat.* 2. Et hereditatem *l. servus communis* 67. *ff. de acquir. hered.* Et obligationem *l. servus communis* 5. *ff. de stipul. servor.* nisi nomina dominorum 9

in stipulatione expresserit *l. si communis* 37. *ff. eod. et* actionem injuriarum *l. sed non esse* 16. *ff. de injur.*

Restitutus etiam a principe pro rata portione bonorum, quae recuperaverit, creditoribus tenetur, *l.* 3. *C. de sent. pass.*

In divisione quoque percipiendorum fructuum geometrica proportio servatur *l. de divisione alias l. fructus* 7. §. 2. *et l. divortio* 8. *ff. solut. matrim. l. si quis domum* §. *hic subjungi ff. locati.*

Alia quamplurima exempla paetermitto: ex his enim satis constat, in toto jure proportionem geometricam observari, quae sola est vera proportio, et omnia ad justitiae normam dirigit, exacta inter cives aequalitate servata. Et hoc perpetuo obtinet, nisi aut repugnet voluntas disponentis, aut evidens aliqua ratio contrarium suadeat: ut in *l. si finita* 15. §. *cum autem* 18. *ff. de damn. inf. l. si heredes* 124. *ff. de legat.* 1. *l. si communis* 37. *ff. de stipulat. servor. l. si plures* 24. *in fin. ff. de vulg. et pupil.* in *l.* 5. §. *imperator ff. de solut. l. Praetoris* 5. §. *si plures ff. de damn. inf.* in *l. si ita stipulatus* 55. *ff. de fidejus.*

CAPUT VII.

Ad L. 2. C. de rescind. vend.

SUMMARIUM.

I. In emptione et venditione licet contrahentibus se in pretio circumvenire.
II. Absurdum est, rescindere vel emendare emptionem ex causa pretii vilioris vel carioris
III. Licet circumvenire in pretio, non autem in re vendita.
IV. Emptio venditio dolo metuve inita rescindenda, vel emendanda.
V. Rescinditur venditio, si dimidium justi pretii venditor non consequatur ex l. 2. l. 8. C. de resc. vend.
VI. Beneficium hoc ab Interpretibus ad emptorem productum.
VII. Idque si in eis plusquam tertia parte laesus sit.
VIII. Perpenditur et reprobatur haec sententia.
IX. Mathematicarum disciplinarum ignorantia veteres ad ita sentiendum adducti sunt. Ipse quoque Galilaeus aliquandiu haesitavit veri specie deceptus.

X. Beneficium l. 2. eatenus ad emptorem producendum est, quatenus emptor venditori aequetur.
XI. Venditoris conditio favore dignior.
XII. Laesio est, quatenus acceptum minus est dato.
XIII. Venditor immodice laeditur, si acceptum sit minus, quam dimidium dati.
XIV. Emptoris eadem conditio esse debet.
XV. In dejudicanda laesione non est spectanda quantitas, sed quota seu rata pars ultra quam laesus potest frui beneficio legis.
XVI. Fortissimum argumentum ab exemplo permutationis ductum.
XVII. Sicut venditor immodice laeditur, cum pretium, quod recepit, est minus quam dimidium rei, quam tradit: ita emptor immodice laeditur, cum res, quam accepit, est minus, quam dimidium pretii, quod solvit.
XVIII. In l. 2. comparatur pretium acceptum cum vera aestimatione rei venditae, ut cognoscatur, an acceptum sit minus dato.
XIX. In dispositione l. 2. attenditur proportio geometrica.
XX. Arithmetica proportio absurde affingitur l. 2.

In emptione, et venditione naturaliter 1
licet contrahentibus se mutuo circumvenire. Nam et emptor viliore pretio comparandi, et venditor cariore distrahendi votum gerentes plerumque ad contrahendum accedunt. *l. si voluntate* 8. *C. de rescind. vend. l. in causae* 16. §. *penult. ff. de minor. l. item si pretio* 21. §. *ult. ff. locati l. si heres* 3. *in pr. ff. ad leg. Fal.* quod etiam jure pontificio admittitur, *c. cum dilecti de emption. et vendit.* Atque hoc ad exemplum emptionis etiam in locatione receptum est *l. item si pretio* §. *ult. ff. loc. l. si ea pactione* 14. *C. de usur.* Etenim cum unusquisque de re sua possit pro arbitrio disponere *l. in re mandata C. mand.* et possit etiam re sua abuti. *l. sed etsi lege* §. *consuluit ff. de petit. hered.* et certa non sint, nec a lege definita rerum pretia, sed res tanti valeant, quanti vendi possunt *l.* 1. §. *si heres ff. ad S. C. Trebell. l. si servus* 14. *in fine principii ff. de condict. furt. l. in furti* 50. *in pr. et l. si quis uxori* 52. *in fin. ff. de furt.* tam emptor, qui de distrahenda sua pecunia, quam venditor, qui de distrahenda re sua agit, possunt rei suae quamcumque voluerint legem dicere: atque emptor quo pretio voluerit emere, venditor quo pretio vo-

luerit vendere: alias ille ab emptione, hic a venditione abstinere. Ac neuter alteri damnum dare videtur, cum jure suo utatur. *l. nemo damnum* 194. *ff. de reg. jur.* neuter damnum sentire, cum facto, et culpa sua id sentiat *l. quod quis ex culpa* 204. *ff. eod.* Nec caussari potest venditor, se ignorasse naturam, et qualitatem rei venditae, ejusque pretium quia id scire tenetur, etiamsi res longe
2 dissita sit *l. quisquis* 15. *C. de rescind. vendit.* Quamobrem turpiter errant imperiti judices, qui cum res, aut viliore pretio vendita fuerit, aut cariore empta, rescindunt venditionem, aut ad justum pretium redigi decernunt contra legum dispositionem. *l. si voluntate* 8. *l. quisquis* 15. *l. ad rescindendum* 4. *l. dolus* 10. *C. de rescind. vend. l. si heres* 3. *in princ. ff. ad leg. falcid. l. item si pretio* 12. *in fin. cum seq. ff. locati. l. A divo Pio* §. *si pignora ff. de re judic.* Tantum enim abest, ut possit venditor quicquam ab emptore repetere, ut emptor contra possit venditorem de evictione convenire, etiamsi quod evictum non est, et apud eum remanet, aequet pretium, quod solvit *l. si duos servos* 47. *ff. de evict.*: facit ad rem optimus textus in *l. si ea pactione* 14. *C. de usur.*

3

Animadvertendum tamen est primo, quod si deceptio, ac circumscriptio non in pretio, sed in ipsa re vendita versetur, tenetur venditor reficere, quod deest, et emptor consequitur quanto minoris vel quanti interest *l. si duorum* 42. *ff. de act. empt. l. quoties ff. de aedilit. edict.* et ideo Jurisconsulti ajunt, licere se in pretio circumscribere, et rem pluris, aut minoris emere *l. in causae* 16. §. *idem Pomponius ff. de minor. l. item si pretio* 22. §. *quemadmodum ff. locat.* quia idem in re ipsa non licet. Etenim pretium per se est incertum, et pro arbitrio contrahentium statui debet, et pro commodo, pro affectione, pro necessitate crescit, aut decrescit, res autem certa est, ac definita, certisque terminis et qualitatibus circumscripta, nec hominum opinione variatur, atque mutatur.

Praeterea quod si metu, vel dolo vi- 4
lius, aut carius empta, ac vendita res fuerit, emptio, et venditio retractari, aut corrigi debet *l. 1. l. si dolo* 5. *l. si voluntate* 8. *C. de rescind. vend.* quia nemini dolus prodesse debet. *l. 1.* §. 1. *ff. de dol. mal. et met. ex. l. ita demum* 31. *ff. de recept. arbitr. l. itaque* 12. §. 1. *et l. eum qui* 14. §. *is autem ff. de furt.* dum tamen semper meminerimus, hac in re dolum non quantitate pretii, sed facti qualitate aestimari *l. ad rescindendum* 4. *et l. dolus C. de rescind. vend.*

Imperatores tamen non juris ratione 5
id suadente, sed humanitate adducti statuerunt, etiam ex sola quantitate pretii rescindi posse venditionem in *l. 2. ibi humanum est:* et in *l. si voluntate* 8. *C. de rescind. vendit.* Sanxerunt tamen solummodo, venditionem posse rescindi, cum venditor minus quam dimidium ju-
sti pretii acceperit. Quod de venditore 6
ab Imperatoribus fuit constitutum, interpretes ad emptorem produxerunt: jurene, an injuria, modo non disputo, ne tam stabilem, tam inveteratam, tam omnium animis insitam opinionem videar velle convellere. Non convenit tamen inter doctissimos homines, quanto amplius emere debeat emptor, ut gaudere possit
beneficio legis. Glossa in *d. l.* 2. putat 7
emptori succurrendum, si in tertia parte, et paulo amplius fuerit laesus: veluti si solvat sexdecim pro re, quae decem valet. Glossae auctoritas in hanc sententiam traxit omnes fere veteres interpretes, qui hanc rationem afferunt, quod sicut a lege succurritur venditori qui vendit quatuor, quod valet decem, ita succurrendum est emptori qui illud ipsum emit sexdecim: aequali enim intervallo uterque distat a vero, justoque pretio, quod est decem, atque adeo tam emptor, quam venditor aeque laeditur, et aeque meretur auxilium legis immo-

8 dice laeso subvenientis. Nam in utroque tum intervallum a justo pretio, tum ipsa laesio consistit in sex. Si hanc rationem admittimus, itidem dicendum erit, subveniri etiam venditori, qui vendit decem, quod valet sexdecim: nam et hic aequali intervallo distat a justo pretio, et pariter laeditur in sex. Atqui hoc repugnat dispositioni legis *secundae*, ex qua ille tantum gaudet beneficio legis, qui vendit decem id, quod valet amplius quam viginti. Quid igitur rei est, cur non idem in emptore statuamus? Videlicet ei quoque tunc solummodo succurri, cum emerit amplius quam viginti, quod decem valet, ut par sit emptoris, et venditoris conditio. Fallitur igitur Glossa, quod putat aequari emptorem cum venditore, quoties uterque sex amittit in contrahendo, nec animadvertit sex collata cum sexdecim, quae solvit emptor, non ejusdem modi esse ac lex comparata cum decem, quae dat venditor: naec aeque laedi eum, qui dat sexdecim, et amittit sex, ut ille qui dat decem, et amittit pariter sex. Quis enim tam fatuus est, qui putet, aequale damnum contrahere eum, qui tertiam partem bonorum amittit, atque eum, qui dimidiam? Justinianus definivit legitimam liberorum esse tertiam partem, si defunctus quatuor, aut pauciores liberos reliquerit: Si plures, esse dimidiam, *auth. novissima C. de inoff. testam.* Si quis diceret legitimam aequalem esse utroque casu, an non risu ab omnibus exploderetur? Titius qui habebat in bonis quadraginta, me heredem instituit in semisse: Cajus, qui habebat sexcenta, me instituit in triente. Ex utriusque hereditate ducenta consequor; nemo tamen dixerit, me ab utroque fuisse aequaliter institutum. Contra si uterque me heredem instituerit ex semisse, ab utroque ero aequaliter institutus, licet ex hereditate Caji trecenta consequar, et hereditate vero Titii tantummodo ducenta.

9 Verumtamen non minor, apud veteres interpretes rudes earum artium, sine quibus haec controversia dirimi facile non potest, hanc opinionem adeo percrebuisse: cum ipse Galilaeus, Mathematicorum elapsi saeculi facile princeps, fateatur, se de quaestione non absimili interrogatum, in eamdem fere sententiam respondisse veri quadam specie, ac similitudine deceptum. Postmodum autem rogatus, ut opinionem suam scriptis mandaret, et conquisitis rationibus confirmaret, re diligentius, ac perquisitius examinata, sententiam mutavit, et argumentis nihil dubii relinquentibus contrariam verissimam esse demonstravit. Haud aliter usu venit in hac nostra quaestione: Veteres re minus accurate perquisita objectam veri speciem illico apprehenderunt, et mordicus tenuerunt: Recentiores vero acriori judicio, et optimis disciplinis instructo rem diligentius expendentes, eam opinionem falsam esse judicarunt. Quapropter licet olim glossae opinio tam in scholis quam in foro communis esset: hodie tamen magis communis est contraria sententia doctissimorum hominum ingeniis in lucem veritatis prolata, cui et nos lumen aliquod afferre conabimur.

Primum autem illud est statuendum, 10 nusquam in jure nostro hoc beneficium emptori fuisse concessum, eoque ipsum gaudere ex interpretatione Doctorum, qui beneficium venditori datum a Lege, communicarunt emptori, ea ratione adducti quod par esse debet conditio emptoris, et venditoris, et quod uni conceditur, alteri denegari non debet. *l. 1. C. de cupressis. l. cum emptoris 5. in princ. ff. de rescind. vendit.* Ex quo efficitur, eatenus, ad emptorem produci posse hoc beneficium venditori concessum, quoad emptor aequetur cum venditore. Caeterum si ita extendatur, ut melior sit conditio emptoris, quam venditoris, iniquam prorsus esse ejusmodi communicationem. Primum, quia collabitur, et corruit funditus omne fundamentum hujus communicationis: imo ratio ipsa aequationis eo-

casu excludit hanc communicationem, cum non aequetur emptor venditori. Praeterea quia iniquum est, melioris esse conditionis emptorem, cui hoc beneficium tribuitur interpretatione Doctorum, quam venditorem, cui nominatim
11 Lege conceditur. Denique quia omnis ratio dictat, magis venditori, quam emptori esse subveniendum: nam Legis auxilium multo magis meretur venditor, qui saepenumero rei familiaris angustiis, aut aliqua urgente necessitate bona sua distrahere compellitur. *l. ita ut omnes* 39. §. 1. *versic. quid enim ff. mandat. l. non idcirco* 12. *L. quisquis* 16. *C. de rescind. vend. l.* 2. *C. sine censu vel reliq. l.* 1. *C. de praed. decurion.* quam emptor, qui volens accedit ad emendum, et saepe carius emit vel quodam calore, *l. locatio* 9. *ff. de public.* vel affectione opportunitatis, vicinitatis, coeli, aut quod illic educatus sit, vel parentes sepulti. *l.* 1. §. *Sed si rem. versic. et alias videamus ff. si quid in fraud. patron.* vel quod bona illa majorum ejus fuerint. *l. si in emptione* 36. *ff. de minor.* Quocirca si glossae interpretatio plus tribuat emptori, quam lex ipsa venditori, ut supra probavimus, et infra luculentius demonstrabimus, ea tamquam iniqua, et abhorrens tum a recta ratione, tum a legis sanctione erit repudianda.

12 Secundo loco illud etiam tamquam certum et exploratum statuendum est, laesionem consistere in illa inaequalitate, ac differentia, quae intercedit inter datum, et acceptum. Nemo enim laeditur, quoties acceptum est aequale dato: nihil enim abest ei, qui tantumdem recipit, quantum dedit; adeoque cum jus suum consequatur, nec laeditur, nec jacturam ullam facit, nec damno afficitur. Tunc igitur laeditur aliquis, cum recipit minus, quam dedit, seu minus ejus, quod recipere debuit. Ac si paulo minus accipiat, levis erit, et modica laesio: si multo minus, gravis et magna: si immodice minus, immodica erit et enormis laesio. Cum igitur pro modo hujus inaequalitatis, et differentiae crescat laesio, atque jactura contrahentium in emptione, et venditione, et tantumdem augeatur, quantum ipsa augetur; manifestum est, inaequalitatem, ac differentiam inter acceptum, et datum, esse veram, atque unicam mensuram hujus laesionis, atque jacturae.

Quibus probe constitutis, ad rem veniamus. Imperatores in *l.* 2. *C. de rescind. vend.* definiverunt, venditorem immodice, et enormiter laesum videri; adeo ut possit rescindere venditionem, si non acceperit dimidium justi pretii: hoc est, si non acceperit dimidium ejus, quod dedit, et quod recipere debebat. Nam venditor, ne laedatur, recipere debet justum rei pretium, quod compensat rem, quam vendit, ac tradit emptori. Uno verbo, tunc immodice 14 laeditur, cum acceptum est minus, quam dimidium dati. Est ergo, ut emptorem aequemus venditori, necessario dicendum, tunc emptorem pariter laedi immodice, atque enormiter, adeo ut possit emptionem rescindere, cum acceptum erit minus quam dimidium dati: hoc est, cum recipiet a venditore aliquanto minus, quam dimidium ejus pretii, quod ipsi solvit. Etenim ne laedatur, debet a venditore recipere rem, quae tanti sit, quanti est pretium, quod solvit, nempe ut justum pretium rei, quam accipit a venditore, aequet, ac compenset pretium, quod solvit. Si ea minoris sit, tunc laeditur; si sit tanto minoris, ut ejus verum pretium non pertingat ad dimidium pretii, quod solvit, tunc immodice laeditur, et potest emptionem rescindere. Animadvertendum enim est, quod dimidium necessario refertur ad totum: nec potest esse dimidium, nisi sit aliquod totum, cujus illud sit dimidium. Cum autem agitur de jactura, de laesione, de damno, tunc dicitur aliquis in dimidio laedi, ac damnum pati, seu dimidii jacturam facere, quoties amittit dimidium ejus, quod antea habebat, vel

recipit dimidium ejus, quod recipere debebat. Ergo emptor in dimidio laeditur, et dimidii jacturam facit, cum recipit dimidium ejus, quod antea habebat, et quod juste recipere debebat, quia tantumdem dedit; quod eveuit, cum dat viginti, et recipit decem: tunc enim amittit decem, quae sunt dimidium viginti. Nam ante emptionem habebat viginti, post emptionem habet tantummodo decem: in contrahenda emptione solvit viginti in pecunia numerata, ut viginti recipiat in merce; si recipit tantummodo decem, dimidii jacturam facit, dimidii laesionem patitur: non secus, ac venditor, qui tradit viginti in merce, quam vendit, et recipit tantummodo decem in pecunia, seu quod idem est, dat decem, et recipit quinque: nam et hic dimidii jacturam facit. Dimidium enim amittit, cum habeat solummodo dimidium ejus, quod antea habebat, et recipiat dimidium ejus, quod recipere debebat. Et haec est vera aequi paratio emptoris, ac venditoris, quod qui non vident, in luce clarissima caecutiunt.

15 At enim, inquiunt, si emptor emat viginti, quod decem valet, et venditor vendat quinque, quod aeque decem valet: emptor in decem laeditur, venditor in quinque: ergo non aeque laeduntur emptor, ac venditor, atque adeo non est par utrinsque conditio. Ineptissima conclusio. Philosophus ita distingueret: non aequaliter laeduntur quantitative, sed quotitative. Barbare quidem sed ad rem explicandam aptissime. Laesio enim utriusque non est aequalis quoad quantitatem, quia emptoris est decem, venditoris quinque: Sed est aequalis quoad quotam, et ratam portionem, quia uterque laeditur in dimidio. Hac autem in re non est spectanda quantitas, sed quota: quia lex non praescripsit certam quantitatem, in qua laesus possit rescindere: sed quotam, seu ratam partem, nempe dimidium, ultra quod qui laesus est, fruitur beneficio legis. Omnes igitur, qui in dimidio laesi sunt, aequaliter laesi sunt, etiamsi non in eadem quantitate. Etenim nec ille, qui vendit decem, quod valet viginti, perinde laeditur inspecta quantitate, atque ille, qui vendit qninque, quod valet decem: alter enim in decem, alter solum in quinque laeditur. Veruimtamen quoad beneficium legis *secundae* uterque laeditur aequaliter, quia uterque laeditur in dimidio: quamobrem uterque habet jus rescindendi, si ille paulo minus, quam decem: hic paulo minus, quam quinque vendiderit. Si duo sint heredes per fideicommissum rogati restituere, alter hereditatem quatuor millium, alter quadringentorum: et ille retineat, ex Trebelliano mille, hic tantummodo centum: utique ille multo plus retinet quoad quantitatem, quam hic: Sed quoad quotam, et ratam partem uterque aequaliter retinet, et uterque servat praescriptionem senatusconsulti, quod non certam quantitatem praescripsit, sed quartam partem retinere permisit. Quemadmodum igitur par est heredis utriusque conditio, licet ille magnam, hic modicam quantitatem retineat, quia uterque quartam partem retinet; ita par est conditio duorum venditorum, itemque emptoris, et venditoris, licet alter magnam, alter modicam quantitatem amittit, dum uterque dimidiam tantum partem amittat, aut paulo amplius. In omni commerciorum rerumque contrahendarum usu, lucrum, damnumque aestimatur, facta comparatione ad id, quod datum est, et expensum. Quamobrem, qui in singula centenaria tantumdem lucri, aut detrimenti faciunt, aequale lucrum reportare, et aequalem jacturam facere existimantur. Si quis ex quadringentis, quae dedit, lucrifaciat quadraginta, et alter ex centum tantummodo decem, uterque aequaliter lucratur, licet quantitas lucri sit inaequalis, quia uterque lucratur decem in singula centenaria. Qui emit viginti, quod valet decem, seu centum, quod valet quinquaginta, amittit quinquaginta pro centenario: si-

cut ille, qui vendit quinque, quod valet decem, aut, quod idem est, vendit quinquaginta, quod valet centum.

Atque ut evidentissime demonstretur, hac proportione servata, omnino aequari emptorem venditori, fingamus Titium emere centum, quod valet quinquaginta: Cajum vendere quinquaginta, quod valet centum. Uterque distrahit, et a se abdicat centum: emptor in pecunia, venditor in merce. Uterque recipit quinquaginta: emptor in merce, venditor in pecunia. Uterque jacturam facit quinquaginta. Conveniunt igitur in omnibus, ac propterea perfectior aequatio emptoris cum venditore nec inveniri, nec excogitari potest. Quemadmodum igitur venditor non potest agere ad rescindendam venditionem, ita nec emptor, siquidem venditori est aequiparandus. Item quemadmodum, si venditor vendiderit paulo minus quinquaginta, poterit uti beneficio legis: ita et emptor, si res constet paulo minus quinquaginta. Hoc argumentum, si cavillationibus fortasse potest eludi, nulla tamen probabili ratione potest labefactari.

Perpendamus jam, quanto melior sit emptoris, quam venditoris conditio juxta glossae et Veterum opinionem. Falluntur illi, quod putant se proponere emptorem laesum in dimidio: proponunt autem emptorem revera laesum in tertia tantum parte, ut initio indicavimus, eumque comparant cum venditore, qui vere laesus est in dimidio: ac proinde nec ratio constat, nec aequiparatio. Neque enim animadverterunt, se laesionem in venditore constituere in dimidio ejus, quod dat: contra vero in emptore in dimidio ejus, quod accipit, hoc est, in tertia parte ejus, quod dat. Etenim qui solvit quindecim pro re, quae valet decem, dat quindecim, et recipit decem: itaque ei absunt quinque, quorum jacturam facit; quinque autem sunt dimidium decem, quae accepit, et tertia tantum pars quindecim, quae dedit. Contra qui vendit quinque, quod valet decem, dat decem, et recipit quinque, adeoque jacturam facit quinque: haec autem sunt dimidium decem, quae dedit. Nemo autem dubitabit, quin melioris sit conditionis ille, qui amittit solum tertiam partem, quam ille, qui amittit dimidiam: et quin majorem jacturam faciat, qui dimidiam, quam qui tertiam partem amittit.

Praeterea in exemplo modo exposito, qui emit centum, quod valet quinquaginta, potest rescindere contractum juxta glossam: et contra, qui vendit quinquaginta, quod valet centum, non potest rescindere: et tamen adamussim in omnibus pares sunt emptor, et venditor, cum uterque tantumdem det, tantumdem recipiat, tantumdem amittat, ut demonstravimus. Sed hoc diligentius perpendentes ad calculos revocemus. Si quis emat centum, quod constat sexaginta sex, perdit tantummodo triginta quatuor: et tamen potest contractum rescindere, quia 34. est plus quam dimidium 66. Contra si quis vendat quinquaginta, quod centum constat, perdit quinquaginta, et tamen non potest rescindere contractum. Est ne hoc aequare emptorem venditori? Praeclara sane aequiparatio: emptor, qui perdit solum triginta quatuor, gaudet beneficio legis: emptor; qui perdit quinquaginta, non gaudet. Profecto si vel homines de trivio interrogaveris, utrum magis laedatur, majoremque jacturam faciat ille, qui erogatis centum aureis amittit triginta quatuor; an vero ille, qui amittit quinquaginta, risu excipieris, et insanire videberis. Atque huc nos redigit glossae absurda supputatio.

Sed ne ullus pateat evadendi locus,
fingamus exemplum in eadem re, eo- 91
demque contractu, iisdemque personis. Constat inter omnes beneficium legis *secundae* extendi etiam ad permutationem, quae emptioni, et venditioni est maxime affinis, et huic originem dedit. *l. 1. ff. de contrah. empt.* Fingamus igitur Titium permutare equum, qui constat triginta aureis, cum decem amphoris vini, quae constant novemde-

cim. Rogo, an possit rescindere contractum. Enimvero si consideretur tamquam emptor vini, poterit rescindere: si tamquam venditor equi, non poterit rescindere. Ergo multo melioris est conditionis emptor, quam venditor. Est hic anfractus inexplicabilis in sententia glossae. Eo confugiunt, ut dicant, considerandum esse: Titium tamquam venditorem equi. Quid ita? Enimvero non minus est emptor vini, quam venditor equi. Sed quomodo se extricent, ipsi viderint. Hoc tantum urgeo: si par esset conditio emptoris, et venditoris, et aequali jure censerentur, utique perinde esset, Titium considerare tamquam venditorem, ac tamquam emptorem. Ex hoc certe se nunquam explicabunt.

Contra haec duo opponebantur in ju-
17 dicio, in quo de hac controversia fuit acerrime disceptatum. Primum quod Imperatores tam in *l.* 2. quam in *l. si voluntate* 8. *C. de rescind. vendit.* statuunt mensuram laesionis, facta comparatione ad justum, ac verum pretium. Ibi: *Minus autem pretium videtur esse solutum, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit.* et rursus: *nisi minus dimidia justi pretii, quod fuerat tempore venditionis, datum esset.* Ergo etiam emptor immodice laesus erit, cum laesio transgreditur dimidiam justi, ac veri pretii, hoc est, solverit sexdecim pro re, cujus justum pretium erat decem: nam sex sunt plus quam dimidium decem, quod est justum pretium.

Ac si in laudatis legibus ageretur tam de emptore, quam de venditore, utique vim argumenti perciperem. Sed cum in illis agatur de solo venditore, non intelligo cur ea verba emptori debeant, aut possint accommodari. Primum enim emptori beneficium hujusmodi non competit ex verbis legis, sed propter quamdam comparationem, et aequationem servandam inter emptorem, et venditorem. Quocirca necesse est ad emptorem solummodo hoc beneficium extendi, eique communicari ea ratione, ac modo, quo aequetur venditori, ut initio diximus. Hoc igitur tantummodo in hac quaestione est observandum, an ex illa, vel illa supputatione emptor aequetur venditori, adeo ut non aliter ad hoc beneficium admittatur, quam si aeque laedatur atque ipse venditor.

Praeterea, etiamsi maxime velis, tamen verba, quae venditori conveniunt, emptori nequeunt accommodari. Nam cum a venditore gradum facimus ad emptorem, omnia de hoc ex contrario dicuntur, nec paria paribus, sed adversis contraria referuntur. Quod enim est defectus in venditore, est excessus in emptore quod in venditore est minus in emptore est plus quod in venditore est acceptio in emptore est datio: quoniam venditor laeditur minus recipiendo, emptor plus dando: laesio venditoris in defectu, emptoris in excessu consistit. Item venditor distrahit, et a se abdicat rem venditam: emptor pretium. Venditor acquirit pretium, emptor rem emptam. Venditor tradit rem pro pretio: emptor pretium pro re. Manifestum est igitur, quod id, quod respectu venditoris est res vendita, seu ipsius aestimatio ac pretium; respectu emptoris est pretium conventum: et ex contrario, quod respectu venditoris est pretium conventum, respectu emptoris est res empta: nam venditor dat rem venditam, ut consequatur pretium, emptor ex contrario dat pretium conventum, ut consequatur rem emptam. Itaque sicut venditor immodice laeditur, cum pretium, quod recipit pro re, est minus, quam dimidium: ita emptor immodice laeditur, cum res, quam recipit pro pretio convento, est minus, quam dimidium ipsius pretii. Rursus quod respectu defectus est dimidium, respectu excessus est duplum: eodem enim modo laeditur, qui duplum dat ejus, quod recipit, et qui dimidium recipit ejus, quod dat. Igitur si lex in venditore, qui laeditur propter defectum, definit ac praescribit plus quam dimidium justi pretii, in emptore debet praescribi plus

quam duplum justi pretii, cum ipse laedatur propter excessum. Dicam planius, si potero. Quinque sunt dimidium decem: contra decem sunt duplum quinque. Tam in emptore, quam in venditore, si spectetur id, quod accepit, est dimidium: Si vero spectetur id, quod dedit, est duplum: Venditor, quod valet decem, vendit quinque: dat decem et recipit quinque: si consideres quinque, quae recipit, ea sunt dimidium decem, quae dedit: si vero respicias ad decem, quae dedit, ea sunt duplum quinque, quae accepit. Dat igitur duplum, recipit dimidium. Eodem modo emptor etiam dat duplnm, recipit dimidium. Solvit enim pretium viginti, et recipit decem, qua sunt verum pretium rei, quam emit: viginti, quae dat, sunt duplum decem, quae recipit: et decem, quae recipit, sunt dimidium viginti, quae solvit. Potestne inveniri, aut excogitari exactior, atque perfectior aequatio, ac similitudo? Sed haec non omnes examussim, atque exquisite comprehendunt; alia igitur aggrediamur via.

18 Cum certa, atque unica mensura laesionis sit differentia, quae intercedit inter datum, et acceptnm, ut initio demonstravimus, Imperatores, ut definirent, quanta debeat esse laesio, ut possit rescindi venditio, compararunt pretium, quod venditor recepit, cum re vendita, quam tradidit; sed quia non recte procederet comparatio, atque proportio, si pecunia cum merce compararetur, quia proportio, et comparatio fieri debet inter res ejusdem generis; idcirco pro re vendita, et tradita sumpserunt ejus veram aestimationem, justumque pretium; et optime, atque ex ordine pretium solutum venditori cum vero pretio rei venditae compararunt: et si illud sit minus, quam dimidium hujus, contractum posse rescindi constituerunt: quia humanum est subveniri ei, qui amittit plusquam dimidium rei suae, hoc est, recipit minus, quam dimidium ejus, quod dat. Quemadmodum igitur certissimum est, laedi venditorem; non quatenus illud est pretium rei, sed quatenus totum illud consequi debebat et minus quam dimidium est consecutus, adeoque perdidit majorem partem rei suae, propter quod meretur auxilium legis; ita certissimum est, Imperatores nominasse verum pretium, non ipsum, quatenus pretium est, considerantes, sed ut ipsum compararent cum pretio soluto, atque ita jacturam venditoris metirentur, certamque mensuram laesionis praescriberent, quae aliter definiri non potest, quam determinando, quid laesus dederit, et acceperit. Verum igitur pretium ibi consideratur tamquam datum: pretium solutum tamquam acceptum.

Alterum, quod opponebatur, deducebatur ab Aristotele *lib.* 5. *Ethicor. cap.* 7. ubi statuit in contractibus, atque in commerciis, quae pertinent ad justitiam commutativam, servandam esse proportionem arithmeticam, quam attendunt ii, qui plus quam in duplo emptorem laedi oportere contendunt, Arithmeticam autem attendit glossa. Nam 15. 10. 5. sunt in proportione arithmetica: 20. 10. 5. sunt in geometrica. Aristotelis sententiam amplectuntur omnes interpretes, ac praesertim ad *princ. tit. instit. de justit. et jur.* 19

Verane sit, an falsa Aristotelis sententia, non disputo: alias enim hoc examinavi satis copiose. Hoc tantum dico: in dispositione nostrae legis manifesto geometricam proportionem attendi. Cum enim laesio definiatur in parte dimidia, et amplius, dimidium non potest referri, nisi ad proportionem geometricam. Rogo enim: si venditor rem, quae decem constat, vendat minus quam quinque, potest rescindere contractum, quanti vendenda sit res, quae constat quadraginta, ut pariter contractus rescindi possit. Respondebunt utique vendendam esse minus, quam viginti, ut minus quam dimidium justi pretii solvatur. Atqui 40. 20. 10. 5. sunt in proportione geometrica, non arithmetica: ergo in me-

tiendo laesionem, geometricam, non arithmeticam proportionem attendimus. Haec eadem proportio servatur in detrahenda Falcidia, Trebellianica, et legitima, quia lex non certam quantitatem detrahi permisit, sed ratam, et quotam partem, videlicet dimidiam, tertiam, quartam partem, quae detrahi non possunt, nisi servata geometrica proportione. Nam hae partes necessario referuntur ad totum, et crescunt aut decrescunt pro incremento, aut decremento totius, cujus sunt partes: adeoque semper sunt geometrice proportionales cum toto, Euclid. *libr.* 5. *prop.* 15. Si lex in computanda laesione voluisset servari proportionem arithmeticam, praescripsisset certam quantitatem, veluti decem, viginti, triginta aureorum, ultra quam qui laesus esset, posset rescindere contractum: quemadmodum praescripsit in actione doli, quam ob modicam laesionem dari noluit, eamque definivit esse duorum aureorum *l. si oleum* 10. *in fin. cum duab. seqq. alias l. Si quis* §. *Labeo ff. de dolo.*

Imo et inter emptores, etiam admissa glossae sententia, omnino servari debet proportio geometrica. Etenim si emptor qui emit quindecim, quod paulo minus, quam decem constat, rescindere potest; etiam qui emit triginta quod constat paulo minus, quam viginti, similiter poterit rescindere contractum. Atqui 30. 20. 15. 10. sunt in proportione geometrica. Quod si quis contenderet inter emptores servari debere proportionem arithmeticam, infinitis difficultatibus implicaretur, ex quibus nulla ratione se posset explicare. Nam sicut immodice laeditur ille, qui emit quindecim, quod constat paulo minoris decem, ita et qui emit decem millibus quinque, quod constat paulo minoris decem millibus, et qui emit centum millibus quinque, quod constat paulo minoris centum millibus: quae nemo non videt, quam sint absurda. Imo si hanc regulam observaremus, res progrederetur in infinitum: nam et qui emit centum millibus uno, quod valet centum millibus, posset rescindere contractum, quia illum potest rescindere, qui duobus nummis emit, quod uno valet. Ac propterea emptor vel in minima quantitate laesus posset emptionem rescindere, quod legibus repugnat, et rectae rationi.

Si igitur tam in venditoribus, quam in emptoribus geometrica, non arithmetica proportio servatur, cur ea servanda est inter venditorem et emptorem? Unde hoc discrimen? quae ratio id suadet? Respondebant, quod cum res pretio aestimetur, semper fieri debet comparatio pretii ad rem, sive pretium excedat, sive deficiat, et inde sumi proportio. Quapropter in venditore debet referri pretium quinque ad decem: et in emptore pretium quindecim ad decem, ita ut decem, quae sunt verum rei pretium, sint utroque casu terminus consequens hujus proportionis, seu comparationis.

Nec animadvertebant, se hac ratione utramque proportionem cum geometricam, tum arithmeticam destruere. Nam hi numeri hoc ordine dispositi 5. 10. 15. 10. neque arithmetice, neque geometrice sunt proportionales: imo nec harmonice.

Quantum autem attinet ad Imperatorum constitutionem; hoc ipsi considerare non potuerunt, cum de emptore nihil disposuerint: itaque haec nova, et inaudita proportio est merum commentum Advocatorum causae inservientium. Etenim Imperatores solum considerant laesionem, jacturam, detrimentum venditoris, quem dignum putant auxilio legis, si immodicam jacturam fecerit. Hoc autem beneficium si velimus ad emptorem producere, eo tantum casu producere debemus, quo emptor aeque dignus sit auxilio legis, hoc est, aequalem jacturam fecerit. Cum autem lex non certam quantitatem, sed dimidiam partem statuerit esse mensuram hujus laesionis, non potest attendi aequalitas absoluta quantitatis, sed aequalitas comparativa, seu proportionalis, et fieri debet compa- 20

ratio partium, non vero quantitatum: adeo ut aeque laesus dicatur emptor, ac venditor, si uterque plusquam dimidii jacturam fecerit.

Atque ut intelligatur, quam futilis sit, et absurda proposita comparatio, fingamus Imperatores non de venditore, sed de emptore statuisse, ut si plusquam duplum justi pretii solvisset, rescindere contractum posset. Haec lex ad venditorem non posset extendi: nam si emptor potest rescindere, cum emit 21. quod valet decem: venditor ut posset rescindere, necesse esset, ut illud idem venderet minoris, quam nihili. Etenim excessu 21. supra 10. est 11. Defectus autem nihili a decem, est ipsa decem: ergo ut defectus esset aequalis excessui, deberet vendere uno minus, quam nihil, quod est absurdum. Quemadmodum igitur facultas rescindendi concessa emptori laeso ultra duplum, non aliter posset communicari venditori, nisi cum laesus esset ultra dimidium; ita ex contrario eadem concessa venditori laeso ultra dimidium, non debet communicari emptori, nisi cum laesus est ultra duplum. Nam duplum in emptore respondet dimidio in venditore: cum duplum in excessu sit idem ac dimidium in defectu, ut supra demonstravimus.

CAPUT VIII.

Ad L. nisi hoc actum 22. *ff. de pact.*

SUMMARIUM.

I. Status quaestionis et occasio scribendi.
II. Liberato reo per transactionem, liberatur etiam fidejussor.
III. Etiamsi jam fuerit condemnatus.
IV. Cum ipso jure tollitur obligatio, fidejussor omnino liberator.
V. Cum autem tollitur ope exceptionis, quandoque fidejussori prodest.
VI. Transactio ipso jure tollit obligationem.
VII. Transactio tribus modis fit et n. XIII. XIV.
VIII. Est contractus innominatus.
IX. Continet novationem, et n. X. XI. XII.
X. Nisi contrarium expresserint transigentes.
XI. Praecipue cum mutatur forma contractus.
XII. Etiamsi subsequens sit naturalis tantum obligatio.
XIII. Transactio per Aquilianam stipulationem liberat tam principalem debitorem, quam fidejussorem.
XIV. Stipulatio adjecta conventioni transigentium tollit priorem stipulationem, et obligationem.
XV. Transactio per stipulationem facta fit contractus nominatus.
XVI. Mutata forma contractus extinguitur fidejussio.
XVII. Etiamsi reserventur jura contra fidejussorem.
XVIII. Maxime si reservatio naturae contractus repugnet.
XIX. Refellitur Urceol. dec. 17.
XX. A remissione pignoris non valet argumentum ad fidejussorem ad privandum illud beneficio liberationis, et n. XXI. XXII. XXIII.
XXIV. Difficilius solvitur pignus, quam fidejussio.
XXV. Correo liberato aliter quam solutione, alter non liberatur.
XXVI. Contrarium obtinet in fidejussore.
XXVII. Rationes differentiae et n. XXVIII. XXIX.
XXX. Declarantur auctoritates in d. dec. allegatae et n. XXXV.
XXXI. Transactio cum correo alterum quoque liberat.
XXXII. Etiamsi non solidum, sed pars solvatur, quanti fuit lis aestimata et n. XXXIII. XXXIV.
XXXVI. Fidejussor liberatur quotiescumque habiturus esset regressum contra principalem debitorem.
XXXVII. In quibus casibus non habeat regressum.
XXXVIII. Creditor sibi jura reservans contra fidejussorem non tollit ei regressum.
XXXIX. Nec Princeps tollere solet.
XL. Fidejussor potest se tueri adversus creditorem exceptione cedendarum et n. XLI.
XLII. Plura remedia agentibus concessa.
XLIII. Rejicitur propositio Urceol. dec. 17. n. 26. quod creditore liberante principalem debitorem cum reservatione jurium contra fidejussorem, tacite actum videatur, ut possint a creditore contra fidejussorem. Explicatur textus noster.
XLIV. Creditor post transactionem nullas actiones habet, quas fidejussori cedere possit, et num. XLVIII.
XLV. Et hac exceptiones elidontur.
XLVI. Exceptiones personales duplicis generis.
XLVII. Correo per pactum liberato actiones alteri correo cedendae sunt.
XLIX. Fidejussor solvens potest petere, ut sibi cedantur actiones, etiamsi habeat actionem mandati contra debitorem.
L. Creditor pacto personali creditorem absolvens, ipsum liberat.
LI. Omnino pactum personale non prodesse fidejussori, quomodo sit intelligendum.

Ni te plus oculis meis amarem, Amice jucundissime, mandatis tuis obsequi nefas esse ducerem. Jubes enim, ut dicam, quod sentio de decisione nuper edita inter Decis. Urceol. 17. quam Auctor multo ante ediderat in *tract. de transact. qu.* 74. Sed quis ego sum, qui vix primoribus labiis attigi jurispru-

dentiam, ut possim ferre judicium de re judicata a doctissimis viris, juris et justitiae consultissimis? Nam etsi non sus Minervam, ut aiunt, tamen inepte, quisquis Minervam docet: ut ait Cicero *in* 1. *Academ.* Verumtamen amicitiae, ac benevolentiae ergo, ineptiae, atque etiam audaciae culpa subeunda. Dicam igitur ingenue ac libere, quod sentio. Contraria sententia mihi videtur esse verissima.

Post diuturnam litem super annuo censu, tandem omnis controversia decisa fuit per transactionem, qua convenit, ut debitor solveret creditori scuta centum: quibus solutis, extinctus esset census, et resolutus contractus, et omne jus creditoris ex causa ipsius census. In fine tamen creditor sibi reservavit jura talia, qualia sibi competerent contra fidejussores census. Recepta a principali debitore summa, de qua convenerat in transactione, judicium instituit contra fidejussores: atque illi fuerunt condemnati, revocata priori sententia, quae illos absolverat. Ego contra existimarem, confirmandam fuisse priorem sententiam, et absolvendum fidejussorem.

2 Ita nos docet Paulus in *l. fidejussores* 68. §. *ult. ff. de fidejuss. Non possunt conveniri fidejussores liberato reo transactione.* Non poterat clarius decidi nostra controversia. Ulpianus in *l. et post.* 7. §. 1. *ff. de transact. Si fidejussor conventus, et condemnatus fuisset, mox reus transegisset cum eo, cui erat fidejussor condemnatus, transactio valeat, quaeritur: et puto valere, quasi omni causa et adversus reum, et*
3 *adversus fidejussorem dissoluta.* Dissolvitur omnis causa adversus fidejussorem, etiamsi jam fuerit condemnatus. Multo magis si nec condemnatus, neque conventus fuerit. Sane de hoc valde poterat dubitari: nam judicio contrahitur obligatio sicut stipulatione, et non amplius origo judicii spectanda, sed ipsa judicati obligatio. Sunt verba Ulpiani in *l.* 3. *idem scribit ff. de pecul.* Novatur enim judicati actione prior contractus *l. ult. vers. Si enim C. de usur. rei judic.* imo, et sola contestatione *l. delegare* 11. *l. aliam* 29. *ff. de novat.* Itaque fidejussor condemnatus proprio nomine, tenetur ex nova judicati obligatione; quamobrem non videbatur per transactionem rei principalis esse liberatus. Sed quia per transactionem rei dissolvitur omnis causa etiam fidejussoris, vis transactionis porrigitur etiam ad obligationem rei judicatae, ne liberato reo principali teneatur fidejussor: contra regulam *text. in l. in omnibus ff. de solution.*

Sed ut distinctius hoc explicemus. 4
Omnis obligatio tollitur aut ipso jure, aut ope exceptionis *L. qui servum* §. *si is cui ff. de obligat. et action. L. cum quis* 38. §. 1. *vers. et ideo et L. qui decem* 72. *in princ. ff. de solut.* Cum ipso jure tollitur, quoniam penitus extinguitur obligatio, indubitatum est omnino liberari fidejussorem *L. in omnibus ff. de solut.* veluti si reus solverit *princ. tit. instit. vers. item si reus. quib. mod. toll. oblig.* Si compensare possit *L. verum* 4. *ff. de compens.* Si obligationem novaverit *l.* 4. *C. de novat.* et aliis modis similibus.

Ope exceptionis non penitus extinguitur obligatio, neque tollitur actio, sed ea repellitur, et infringitur exceptione; veluti pacti conventi, doli mali, quod metus causa, et aliis, quae recensentur in *tit. instit. de exception.* ubi et illud traditum est, debitorem esse obligatum, et efficacem esse actionem, qua convenitur. Cum reus principalis liberatur ope exceptionis, liberatur etiam fidejussor: non tamen semper. Distinguendum 5
autem est inter exceptiones reales, et personales. Si exceptio sit realis, ut illae, quas modo enumeravimus, et aliae similes, prodest etiam fidejussori, qui eadem exceptione se potest defendere. *L. si quis postquam* 37. *l. ubicumque* 60. *L. Si stipulatus* 15. *L. ex persona* 30. *ff. de fidejuss. L. omnes* 14. *ff. de except. L. defensiones* 11. *C. eodem.*

Si vero exceptio sit personalis, videlicet personae debitoris principalis cohaereat, ejus personam non egreditur, nec ea potest se tueri fidejussor *L. exceptiones* 7. *in princ. ff. de exception. L. etsi* 24. *ff. de re judic.* §. *ult. instit. tit. de replicat. c. privilegium de reg. jur. in* 6.

His praemissis examinare oportet, quomodo per transactionem tum principa-
6 lis, tum etiam fidejussor liberentur. Perspicue id traditum *in d. L. et post rem* 7. §. 1. *ff. de transact.* Ibi: *omnis causa et adversus reum, et adversus fidejussorem dissoluta.* et in d. *L. fidejussores* 68. §. *ult. ff. de fidejuss.* Ibi: *non possunt conveniri fidejussores liberato reo per transactionem.* Si dissolvitur omnis causa: si non potest conveniri fidejussor, ergo non liberantur ope exceptionis. Etenim quando ope exceptionis contingit liberatio, manet adhuc salva obligatio, et quae ex ea nascitur actio, qua recte, ac jure debitor convenitur. §. 1. *inst. tit. de except.* Ibi: *palam est te jure civili esse obligatum, et actio, quae intenditur, efficax est.* et in §. 2. Ibi: *dare enim te oportet, cum ex stipulatione tenearis.* et supra: *Nam eum pecuniam a te petere posse eum certum est,* et in §. 3. Ibi: *nihilominus obligatus manet; quia pacto convento obligationes non omnino dissolvuntur: qua de causa efficax est adversus eum actio, quam actor intendit.* et in §. 4. Ibi: *adhuc obligatus permanet.* Transactionem autem omnia jura extinguere, et dirimere omnes obligationes, et actiones, fatetur ipsemet Urceol. *in tractatu de transact. quaest.* 8. *n.* 41. *et seqq.* Ergo ipso jure tollit obligationem; consequens autem est, etiam fidejussorem ipso jure liberari.

7 Non ignoro, transactionem tribus modis fieri posse: per simplex pactum, per Aquilianam stipulationem, et per pactum, cui subjiciatur stipulatio; *l.* 2 *ff. de transact. L. ut responsum* 15. *C. de transact. L. cum mota* 6. *l. si super* 9. *et l. seq. l. nec intentio* 23. *et l.* 33. *C. eod. l. si superstite* 5. *C. de dolo.* Si fiat per simplex pactum, liberatur fidejussor non ipso jure, sed ope exceptionis, quia simplici pacto inita solam exceptionem parit, *L. cum proponas* 17. *L. si quidem* 24. *L. sive apud* 28. *C. de transact.* Quod tamen intelligendum est, si transactio ex una parte saltem non fuerit impleta. Ea enim impleta ex una parte, alter obligatur etiam civiliter ad implendum id, de quo
convenit. Transactio enim est contra- 8
ctus innominatus: *vel do, ut facias: vel facio, ut facias, L. cum te transegisse* 5. *C. de transact.* Ibi: *si de fide contractus. l.* 5. §. 1. *et* 2. *per tot. ff. de praescr. verb.* et ex hoc contractu nascitur obligatio, et ex ea actio praescriptis verbis *l.* 1. §. *item ff. de rer. permutat. l.* 2. *et* 3. *l.* 5. §. 2. *et seqq. ff de praescr. verb.* Hoc autem casu non potest dubitari, omnino liberari fidejussorem, cum fiat novatio prioris obligationis, in hanc novam obligationem, quam producit innominatus hujusmodi contractus transactionis *L. Lucius Titius*
78. §. *ult. ff. ad S. C. Trebell.* Et in hunc 9
transfunditur vetus obligatio, quae extinguitur omnino, non solum pro parte, quam transigens accepit, sed in totum: nec reviviscit etiam repertis postea instrumentis, *L. sub praetextu* 19. *C. de transact. d. l. Lucius in fine ad Trebell.* ubi notanda sunt illa verba: *Si non transactum esset, posse conveniri.* Ergo si transactum esset, conveniri non posset; qui transegit: cui consequens est, ipso jure liberatum esse. Est fortissimum argumentum, ut ait Papinianus in *l.* 1. *ff. de offic ejus.* Sed nec imperiali quidem rescripto potest vetus obligatio jam extincta resuscitari. *L. causas* 16. *C. eod.* Essentia enim novationis est constituere novam obligationem, ita ut prior perimatur *l.* 1. *in princ. ff. de novation.* Et quamvis ex constitutione Justiniani novatio non intelligatur facta, nisi id verbis exprimatur, *L. ult. C. de*

novation. tamen, ut recte statuit Anton. Fab. *in Codice tit. de transact. defin.*
10 2. constitutio illa non comprehendit transactionem, in qua, nisi contrarium expresserint transigentes, natura sua novatio continetur. Etenim cum novatio pendeat omnino a voluntate contrahentium *d. l. ult. in fin.* Ibi: *et generaliter definimus; voluntate solum esse, non lege novandum*; manifeste apparet, transigentes voluisse a priori obligatione recedere, et novam constituere, quoniam a lite recedere voluerunt, et dubium, et incertum jus omittere, et vice ejus certum, indubitatum jus nancisci. Optime S. P. *in c. 1. de transact.* Ibi: *decernimus ut omnia instrumenta,* et *quicquid aliud est, etc. fit vacuum et omni virtute cassatum, et sola pactorum inter vos habitorum pagina, validum perpetuumque robur obtineat.* Quamobrem fatentur omnes DD. per transactionem fieri novationem, et praeter Valeron. *tit.* 5. *quaest.* 4. *Urceol. quaest.* 73. *per tot.* Novatione autem facta a principali debitore, fidejussores liberari certi juris est, *L. novatione* 4. *C. de fidejuss.* Ibi: *liberatos esse non ambigitur, si modo in sequenti se non obligaverunt. L. ubicumque* 60. *ff eod. l. unic. C. etiam ob chirograph. pe-*
11 *cun.*

Maxime vero fit novatio, quoties aut mutatur forma contractus, aut in transactione adjiciuntur pacta incompatibilia cum priore contractu. Idque minime dubium est, aut controversum, sed omnium Doctorum auctoritate confirmatum. In hac autem transactione, et forma contractus est omnino dissimilis atque diversa, et maxima est pactorum utriusque contractus repugnantia. Quid enim commune habet cum censu haec transigentium conventio? Forma, et substantia census ea est, ut fiat et constituatur super re immobili, frugifera, certis finibus designata, et interveniat pecunia coram Notario numeranda, ut apparet ex Bulla V. *de censibus*, et explicat Cenc. *de Censib. quaest.* 53. *n.* 31. et si comparetur definitio census ab eodem tradita, distincteque et explicate singulis verbis definitionis expositis explanata, nullatenus convenit cum hac transactione. Pacta quoque sunt omnino pugnantia. In censu constitui debet jus in re, in transactione solum contrahitur obligatio, quae personam afficit: in censu debetur annua responsio, in transactione nihil debetur annuum, quia summa, quae debetur, fructifera non est, sicut est praedium, super quo census imponitur: in censu emptor non potest repetere pretium, quod solvit: in transactione peti potest summa promissa iis conditionibus, quae recensentur in laudata *decis.* 17. *in princ.* in facti narratione.

Sed quid opus est circuitione, et anfractu, cum ipsi transigentes perspicue declaraverint voluntatem novandi illis verbis: *ricevuta che sarà detta somma di scudi cento, resti estinto e risoluto detto contratto del censo, et ogni ragione, che per detta causa abbiano, o* 12
aver possano detti etc. Quid enim est novatio, est prioris debiti in aliam obligationem translatio: hoc est, cum ex praecedenti causa ita nova constituitur, ut prior perimatur. Sunt verba Ulpiani *l.* 1. *ff. de novation.* Non poterat clarius definiri nostra controversia. Nec obstat, quod ex pacto naturalis tantum nascatur obligatio, non autem civilis *l. juris gentium* 7. §. *sed cum nulla ff. de pact. l. ex placito* 3. *ff. de rer. permut.* tum quia novatio contingit etiam quando subsequens obligatio, in quam transfunditur, est solummodo naturalis *d. l.* 1. *in princ. ff. de novat.* tum quia ex transactione etiam civilis nascitur obligatio, cum fit contractus, ut diximus.

Hactenus de primo genere transactionis, quae simplici pacto celebrata est. 13
Ea, quae fit per Aquilianam stipulationem, et subsequentem acceptilationem, absque dubio liberat ipso jure tum principalem debitorem, tum ejus fidejussores: quia acceptilatio habet vim solutio-

nis, §. *item per acceptilationem inst. tit. quib. mod. toll. oblig. l. si ex pluribus* 16. *in princ. circa fin. ff. de acceptil. l. non solum autem* 7. §. 1. *ff. de liberat. legat.* Atque ideo non solum acceptilatio a reo facta liberat fidejussorem, *l. in omnibus* 43. *ff. de solut.* sed etiam acceptilatio fidejussoris liberat reum principalem *l. et per jusjurandum* 13. §. *si fidejussori, et l. si ex pluribus* 16 *ff. de acceptil.* Nam Aquiliana stipulatio adjecta transactioni, omnimodo perimit omnes praecedentes obligationes, *l. Aquiliana* 4. *ff. de transaction. l. ut responsum* 15. *l. si causa* 32. *C. eod.*

14 Postremus modus transigendi est, cum conventioni initae inter transigentes adjicitur stipulatio, ut plerumque fit *l. cum mota* 6. *l. si super* 9. *l. fratris* 10. *l. nec intentio* 23. *l.* 33. *C. de transact.* Et hoc est factum praesentis transactinuis. Nam verbum *promitto* etiam in scriptura stipulationem inducit et continet *l. sciendum et ibi Angel. et DD. ff. de V. O. l. optimum* 14. *C. de contr. stipul* §. *item verborum* 12. *instit. tit. de inutil. stip.* §. *si scriptum* 15. *eod. tit. Paulus lib.* 5. *sentent. tit.* 7. unde §. *illum* desumpsit Justinianus. Quapropter omnino dicendum est, reum principalem ipso jure per transactionem fuisse liberatum, adeoque etiam fidejussorem. Cum enim, ut arbitror, etiam in contractu census intervenerit stipulatio, per stipulationem transactionis ipso jure tollitur stipulatio census, *l. si unus* 27. §. *pactus ff. de pact.* Ibi: *prius pactum per posterius eliditur, non quidem ipso jure sicut tollitur stipulatio per stipulationem, si hoc actum est: quia in stipulationibus jus continetur, in pactis versatur.* Idcirco ex transactione, in qua stipulatio fuit inserta nascitur actio ex stipulatu, non datur actio praescriptis verbis, quemadmodum datur quoties per simplex pactum inita fuit. *l. cum mota* 6. *l. si pro fundo* 33. *C. de transact.*

15 Quia transactio subjecta stipulatione non est amplius contractus innominatus, sed convertitur in contractum nominatum stipulationis, et ex stipulatione nascitur obligatio, non ex transactione. Neque enim duae sunt obligationes, sed unica tantum obligatio verborum. *l. si ita fuerit* 6. §. *ult. cum l. seq. ff. de novat.* Idem dicendum est etiam de censu, cui adjicitur stipulatio: nam ex eo quoque datur actio ex stipulatu quae tollitur per stipulationem transactionis *l. super* 9. *C. de transact.*

Hoc amplius mutata forma contractus, 16
mutatis pactis, quomodocumque id fiat, semper liberatur fidejussor, ut DD. omnes uno ore consentiunt. Nam fidejussio, cum per stipulationem contrahatur, stricti juris est, *l. in actionibus* 5. *in fin. cum l. seq. ff. de in lit. jurand.* §. *actionum* 28. *cum seq. instit. tit. de action.* et quicquid adstringendae obligationis est, id nisi palam verbis exprimitur, omissum intelligendum est. Ita Celsus in *l. quicquid adstringendae* 99. *in princ. ff. de V. O.* Non potest igitur fidejussor neque primaeva obligatione obstrictus esse, quia ea non tenetur amplius debitor principalis, adeoque nec fidejussor potest esse obligatus *l.* 6. *in fin. et l. fidejussor* 16. *in princ. ff. de fidejuss.* neque nova, quia in ea non se obligavit, et fidejussio non extenditur de casu ad casum, et multo minus de una conventione ad aliam *l. damni* 18. §. *si is qui* 5. *ff. de damn. infect. l. ult. in fin. ff. de pact. l. non a judice.* 64. §. 1. *ff. de judic.*

Neque ad retinendum in obligatione 17
fidejussorem quicquam prodest reservatio jurium a creditore contra fidejussores adjecta, si fidejussor ipse non consentiat. Non potest enim creditor transigendo privatis pactionibus laedere jus caeterorum, ut rescripserunt Imperatores Antoninus et Verus *l.* 3. *ff. de transact.* et Paulus in *l. Granius* 71. §. *si ponamus ff. de fidejussor.* Cum enim ea sit forma fidejussionis a jure praestituta, ut sit accessio principalis obligationis §. *fi-*

dejussores 5. *inst. tit. de fidejus. l. generaliter* 5. *l. hi qui accessionis* 34. *ff. de fidejuss.* et natura accessionis sit ab eodem jure tradita, ut sublato principali non possit consistere *l. cum principalis* 78. *ff. de R. J. c. accessorium de R. J. in* 6. non potest hoc jus tolli privata pactione *l. jus publicum* 38. *ff. de pact. l. Neratius* 20. *in princ. ff. de religios. et sumpt. funer.* Ibi: *quia pacto hoc jus publicum infringi non possit l.* 1. §. *si inter* 9. *ff. de magistrat. conven.* Ibi: *conventiones pupillo non praejudicare Divus Adrianus rescripsit: conventione enim duumvirorum jus publicum mutari non potest. l. quod bonis* 15. §. 1. *ff. ad leg. Falcid. l. cerdonem* 42. *ff. de oper. libert.* Non potest reus principalis sua pactione iniquam conditionem inferre fidejussori. *l. non debet* 74. *ff. de R. J. c. non debet* 22. *de R. J. in* 6. *l. si quis suo* 33. §. 1. *vers. hoc iniquum C. de inoffic. testam.* cum factum cuique suum nocere debeat, non alteri *l. factum ff. de R. J.*

18 Praeterquam quod pacta, quae repugnant contractui, et legibus, jus aliquod secundum naturam actus tribuentibus, non valent. *l. cum precario* 12. *in princ. ff. de precar. l. cum ultra C. de non numer. pec. l. rogasti* 11. §. *si tibi decem ff. de reb. cred. l. illud* §. 1. *et seqq. et l. seq. et passim ff. de pact. dotal.*

Atque haec in nostra transactione sunt evidentissima. Quid enim sibi reservat creditor? *Riservandosi però le ragioni tali quali se gli competino contro i mallevadori.* Post extinctionem census, quaenam jura competunt contra fidejussorem? Profecto nulla. Nihil igitur sibi reservat: Nullum jus haec reservatio comprehendit. Cum enim reservatio fuerit adjecta post declarationem extinctionis census, et in illud tempus collata, quo nullum jus creditori est competiturum, utique nullum jus sibi reservat. Praesertim quia non sibi reservat simpliciter, et absolute jus et obligationem: sed *jura talia*, *qualia* sibi competent extincto censu: quae verba demonstrant jura, quae non est habiturus. Demonstratio autem, quae denotat, atque designat rem, quae non est in rerum natura, aut jus quod non competit, actum inutilem reddit. *l. si sic legatum* 75. §. 1. *et* 2. *ff. de legat.* 1. *l. legavi* 25. §. *quod si sic dixit ff. de liberat. leg. l.* 1. §. *sed etsi dotem ff. de dote praeleg. l. si ita stipulatus* 20. *ff. de V. O.*

Examinemus modo fundamenta laudatae *decis.* 19. Probant autem sapientissimi judices fidejussores non fuisse liberatos, impediente liberationem adjecta reservatione contra ipsos fidejussores, auctoritate Salycet. *in l. fin. n.* 3. *C. de remiss. pign.* et Bartol. *in d. leg. fin.* Glossae *in l. Paulus* 12. *verbo*, *remisisse*, et ejusdem Pauli *in d. l. Paulus ff. quib. mod. pign. vel hypothec. solvatur.* Haec *n.* 9 *et seqq. d. decis.* 17. 19

Mirum profecto est, doctissimos viros ad revocandam sententiam priorum judicum, qui meo judicio recte judicaverant, et ad condemnandos fidejussores, adductos fuisse auctoritate Doctorum, qui solvunt quaestionem a nostra controversia tam alienam, quam quod maxime. Primum enim illi agunt de pignore, nos de fidejussore, cujus est multo diversa natura. Novum autem est dicta Doctorum producere ad consequentia, et ad similia, quod soli legi tribuitur, quae casus omnes non potest comprehendere *l. non possunt* 12. *cum duab. seqq. ff. de legib.* Multo magis novum, trahere ad dissimilia, atque diversa: sed hic non consisto. Expendo, quid attineant ad hanc causam eorum auctoritas, et opinio.

Quaestio, de qua illi disceptant, est 20
ejusmodi. Paulus in *l. Paulus* 12. *ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solvatur.* respondit, quod si creditor consenserit, et permiserit debitori suo, ut rem sibi oppignoratam tertio creditori obliget, jus suum pignoris videtur remisisse, non vero tertium in locum succedere voluisse.

Quaerunt hic Doctores, an videatur remisisse hypothecam quoad omnes creditores, quibus res illa est obligata. Glossa ait videri remissum jus pignoris solum quoad eum creditorem, cui permisit obligari. Sed ea communiter reprobatur, quia loquitur contra litteram textus. Bartolus autem distinguit inter feminam et masculum, et ait: hunc censeri remisisse quoad omnes; illam vero solummodo quoad tertium per text. in *l. Jubemus C. ad S. C. Vellejan.* Contra vero Salycetus ita distinguit. Si creditor sciens pignus a debitore alteri obligari, tacuit; silentium ei non praejudicat: si expresse consensit, aut consensum restrinxit ad tertium creditorem, solummodo quod ad eum sibi praejudicat, non quod ad alios si vero simpliciter, et absolute consensit, pignus remisisse videtur, et quod ad omnes sibi praejudicat, sive sit masculus, sive femina. Salycetum sequitur Bich. *in d. decis.* 124. *n.* 19. *et seqq.* Roncbag. et alii.

21 Quid, oro te, amice jucundissime, commune habet, aut simile hujusmodi quaestio cum nostra causa? In hac quaeritur de voluntate: in nostra de potestate. In hac ille, qui privatur jure suo consentit, et quidem expresse, tacens enim pro consentiente non habetur: in nostra fidejussor, qui privandus est beneficio liberationis, nullum praestat consensum, et privatur invitus. In hac creditor remittit jus proprium quod habet: in nostra remittit jus alienum. Dixi breviter, et fortasse paulo obscurius, sed si
22 potero, clarius explicabo. Creditor, cui pignus a debitore fuit obligatum, potest quandocumque et quomodocumque pignus remittere, et rem sibi obligatam a nexu pignoris liberare. Dimittit enim jus, quod habet, et juri suo renunciat, quod cuique facere licet *l. pactum* 46. *in fin. ff. de pact. l. penult. vers. cum alia, C. eod. l. si judex ff. de minor. l. invito ff. de R. J.* Potest igitur creditor remittere jus pignoris, et rem obligatam a nexu pignoris liberare: nam obligatio pignoris et consensu contrahitur, et dissolvitur: ut ajunt Severus, et Antoninus *in l.* 2. *C. de remiss. pign.* sed creditoris consensus est necessarius: ignoranti enim et invito non potest ei jus pignoris a debitore auferri, etiamsi reipublicae pignori dederit. *l.* 3. *Cod. eod. l. penult.* et *l. ult. C. eod.* Potest etiam creditor renunciare secundo creditori jus quod habet, ut ei praeferatur, sed sicut illud, ita hoc pendet a voluntate creditoris, quae in his sola spectatur. *l. creditor* 12. §. *si tecum ff. qui pot in pig. habeantur.* In his igitur de potestate nulla existit controversia, cum certum sit, et indubitatum, unumquemque posse jus suum a se abdicare, et vel extinguere, vel in alium transferre, atque alteri cedere. Solum in his versatur quaestio voluntatis: scilicet an inter creditorem, et debitorem id actum fuerit, ut a pignore discedatur, vel ut secundus creditor in locum ejus succedat, de qua in laudata *l. Paulus et in l. si debitor* 4. §. 1. *et seqq. l. solvitur l. si consensu et aliis ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solvat. l.* 1. *L. si eo tempore* 6. *et duab. seqq. C. de remiss. pign. l. creditor* 12. §. *si tecum ff qui potior. in pign.* in quibus omnibus consensus requiritur creditoris, qui jus suum amittit, quod ipsi invito auferri non potest *l. id quod nostrum ff. de R. J.*

In causa vero, de qua agimus, contraria omnia: in hac enim non versatur quaestio voluntatis, sed potestatis. 23
Etenim voluntas creditoris transigentis privandi fidejussorem beneficio liberationis, certa est et expressa in ipsa transactione. De potestate solum quaestio est, an possit eum privare hoc beneficio, quod ipsi a jure conceditur, *l. in omnibus ff. de solut.* ut supra copiose, et luculente probavimus. In superiore quaestione creditor amittit jus suum sua voluntate, atque consensu, ut probavimus: in hac ei aufertur invito. Si hic quoque fidejussor consentiret, utique non liberaretur. *l. novatione* 4. *C. de fidejus-*

torib. Ibi: *novatione legitime perfecta debiti in alium translati, prioris contractus fidejussores vel mandatores liberatos esse non ambigitur: si modo in sequenti se non obligaverunt.* Animadvertere oportet in his verbis, quod pro veteri contractu non manent obligati, etiamsi consenserint, quia repugnat naturae fidejussionis, quae est accessio principalis obligationis, ut extincta principali obligatione subsistat; possunt tamen pro novo contractu se obligare. Itaque absurdum est, putare fidejussores pro censu, videlicet pro veteri contractu, manere obligatos: cum neque consensum praestiterint, neque si praestitissent, id consequi potuissent, repugnante juris dispositione, et naturali ratione. Itaque creditor abdicat, aut cedit jus suum volens lubens, imo ipse seipsum privat suo jure: contra hic fidejussor ignorans et invitus amittit jus suum, atque ipsi a creditore aufertur. Vides igitur omnia esse contraria, et casus non solum esse diversos, sed inter se pugnare. Quid igitur deferendum putas huic illationi? *l. ubi pugnantia* 188. *ff. de R. J.*

24 Cum haec evidentissima sint, silentio non possum praetermittere, quod periculosum admodum est argumentum, quod ducitur a pignore ad fidejussorem. Licet enim liberato reo principali semper liberetur fidejussor *l. in omnibus ff. de solut.* tamen non semper liberantur pignora, etiamsi sublata fuerit actio personalis *l. 2 C. de solution. pign.* Ibi: *intelligere debes vincula pignoris durare personali actione submota l. cum quis* 38. §. *ult. ff. de solution.* Ibi: *qui pro te apud Titium fidejusserat, pignus in suam obligationem dedit: post idem heredem te instituit. Quamvis ex fidejussoria causa non tenearis, nihilominus tamen pignus obligatum manebit*. Alia exempla proponuntur in *l. qui occidit* 3o. §. 1. *vers. sed an ff. ad Leg. Aquil. l. servum* 27. *ff. de pignor. l. cum notissimi*, et ibi DD. *C. de praescript.* 3o. *annor.* Pignus enim semel recte constitutum non nisi certis modis solvitur: videlicet si pecunia soluta fuerit, vel eo nomine satisfactum creditori. *l. grege* 13. §. *etiam ff. de pign. l. si rem* 9. §. *omnis ff. de pignor. act. l. si fundus* 16. §. *in vindicatione ff. de pignor. l. aliquando* 13. §. *de pignoribus ff. ad S. C. Vellejan.*

Simile est argumentum fundatum auctoritate Canavat. *cons.* 11. et Rot. Roman. *cor. Bich. decis.* 124. et post Merlin. *de pign. decis.* 1o3. *N.* 27 nam res apud illos controversa a proposita quaestione est longe diversa. Quaerunt enim, an ex duobus correis debendi, uno liberato, liberetur etiam alter. In his autem explorati juris, quod uno ex iis liberato, alter non liberatur, nisi prior ille fuerit liberatus per solutionem, aut alium modum, qui vicem solutionis obtineat: quia iniquum admodum esset, creditorem bis idem exigere. *l.* 3. *in fin. ff. de duobus reis l.* 2. *in fin. ff. eod. l. bona fides.* 57. *ff. de R. J. l. Si quis dolo* 52. *in fin. ff. de re judic. l. si fidejussor.* 29. §. *hoc idem, et l. si quis alicui* 27. § *ult. l. creditor.* 6o. §. *duobus ff. de Mand.* Coeterum aliis modis liberato uno ex correis, alter non liberatur, etiamsi in rem pactus fuerit *l. fidejussoris.* 23. *juncta l. idemque* 25. *ff. de pact.* quae duae leges simul jungendae sunt, cum ex eodem libro tertio Pauli ad Edictum ambae fuerint depromptae, ut recte monet Vinn. *de pact. cap.* 16. et Cujac. *ad lib.* 3. *Pauli ad edictum in explicatione d. l.* 23. *in fin.* clarius in *l.* 3 §. *nunc de effectu* 3. *ff. de liberat. leg.* Itaque nec fidejussor liberatur pacto sui fidejussoris *d. l. si fidejussor.* 23. *ff. de pact. l. si stipulatus* 15. §. 1. *ff. de fidejussor.* Nec tutor aut curator pacto aut transactione alterius tutoris aut curatoris, qui simul cum eo tutelam curamve communiter, vel separatim gessit. *l.* 1. *C. de transact.* 25

26 Contraria regula tradita fuit in liberatione debitoris principalis quod ad ejus fidejussorem in *l. in omnibus*, *ff. de solut.* Ibi: *in omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberantur: puta adpromissores, hypothecae, pignora:* adpromissores, id est, fidejussores. *l.* 5. §. *satis accepto ff. de V. O.* Quamobrem etiam pacto rei principalis fidejussor liberatur. *l. et heredi* 21. §. *ult. ff. de pact.* Hujus autem differentiae plures
27 sunt rationes. Prima, quia fidejussoris obligatio est accessio principalis obligationis, et fidejussor est, qui accessionis causa obligatur §. *fidejussores* 3. *instit. tit. de fidejuss. l. generaliter.* 5. *in princ. l. hi qui accessionis.* 34. *ff. de fidejuss.* non potest autem esse accessio, nisi sit aliquid principale, cui adhaereat et innitatur. §. *cum in suo* 29. *instit. de rer. divis. l.* 2. *ff. de pecul. legat. l.* 2. *ff. de superfic.* adeoque sublata quocumque modo principali obligatione, etiam fidejussoris obligatio tollatur, necesse est. *l. nihil dolo.* 129. §. 1. *l. cum principalis* 178. *ff.* de *R J. c. accesso-*
28 *rium de R. J. in* 6. Altera, quia natura et forma principalis obligationis, et fidejussionis ferme sunt unius modi, et haec ab illa pendet; adeo ut exceptiones omnes, quae reo principali dantur, fidejussori communicentur. *l. si stipulatus.* 15. *l. ex persona* 32. *ff. de fidejuss. l. exceptiones.* 6. §. 1. *l. omnes.* 29. *ff. de except. l. defensiones* 11. *C eod.* §. *ult. inst. tit. de replic.* ubi haec etiam ratio redditur, quia quod a fidejussoribus petitur, ab ipso reo peti videtur: quod ex Sabini sententia scripserat multo ante Ulpianus in *l. adversus* 29. *ff. de recept. arbitr. qui a fidejussore petit τῇ δυνάμει a reo petit:* hoc est, *potestate*, seu ut dialectici ajunt, *potentia*: adeoque incurrit in poenam, perinde ac si a reo peteret. Haec autem non conveniunt duobus reis: nam nec exceptio unius communicatur alteri; nec obligatio unius est accessio obligationis alterius, cum ambae sint aeque principales. *L.* 2. *et passim ff. de duob. reis.*

Postrema ratio est, quia pactum cum 29
debitore factum prodest tum ipsi debitori, qui paciscitur: tum aliis obligatis, solummodo quoties debitoris paciscentis interest, eos ab obligatione liberari. *l. et heredi.* 21. §. *ult. cum seqq. ff. de pact.* Quibus efficitur, neque unius rei liberationem prodesse correo: neque unius fidejussoris alteri confidejussori: neque tutoris contutori; quia eorum, qui liberati sunt, nihil interest, alios simul obligatos liberari, nisi socii sint. *L. fidejussoris* 23. *ff de pact. L.* 3. §. *nunc de effectu ff. de liberat. legat.* Contra vero pactum, et liberatio rei principalis prodest fidejussori, quia rei principalis interest, fidejussorem quoque liberari: quoniam fidejussor habiturus est regressum adversus ipsum reum: quocirca inutilis efficietur reo liberatio, qui poterit à fidejussore, si non à creditore conveniri. *d. l.* 21. *in fin. d. l.* 3. §. 3. Quam igitur utilitatem percipiet ex liberatione? plane nullam. *d. l.* 3. *l. ult.* §. *ult. C. de usur. rei judic. l quod dictum* 32. *ff. de pact. l. Sed si pater* §. *non solum ff. de S. C. Maced. l. cum Lex* 46. *ff. de fidejuss. l.* 1. §. *exceptionem ff. quar rer. act. non dat.*

His praelibatis, perspicue apparet, do- 30
ctores in proposita decisione allegatos ad nostram quaestionem nullatenus pertinere. Omnes enim agunt de duobus reis, et statuunt, uno ex illis per pactum liberato, alterum liberatum non esse: idque verissimum est, sed fidejussori non convenit, de quo contrarium a jure constitutum fuisse probavimus. Hoc amplius in *decis* 134. *cor. Bichio* non solum Sulpitius fuerat correus communitatis Signinae in imponendo censu, sed postea constitutus erat unicus debitor ac reus, quia in affictu contracto cum communitate censum sibi accollaverat, ut refert Carill. *decis.* 90. *in princ.* ubi factum narrat enucleate, et indicat ipse Bichius

n. 27. *in decis.* 103. *post* Merlin. *de pignor.* Similiter erant plures heredes, qui singuli in solidum, et principaliter erant obligati, ut ibi probatur: nec ibi agebatur de pacto de non petendo facto cum uno ex heredibus, sed de dilatione per biennium, quam mater filio fecerat, ut interim posset dotem sibi debitam exigere ab aliis coheredibus, *ibi n.* 24. Dilatio autem ad solvendum concessa debitori ipsum non liberat ab obligatione; dies enim adjectus differt solutionem, non impedit obligationem. §. *omnis inst. tit. de V. O. l. centesimis* 46. *ff. eod. l. in diem* 10. *ff. de condict. indeb. l. cedere diem.* 212. *ff. de V. S.* Si igitur non liberatur ipsemet heres, qui paciscitur, multo minus possunt liberari coheredes, qui expressim in pacto fuerant exclusi ab ipso beneficio dilationis. Quamobrem jure ac merito Rota *ibi n.* 25. *et seqq.* decidit, pactum illud neque novationem, neque liberationem inducere, atque adeo dici non posse, etiam coheredes fuisse liberatos. Miror profecto, his auctoritatibus fundatam fuisse decisionem, quam examinandam te mandante suscepi.

31 Illud adhuc addo, quod etiamsi de duobus reis ageretur, tamen transactione unius alter quoque fuisset liberatus tum vi novationis, ut initio diximus ac probavimus: tum vi solutionis. Solutio enim liberat etiam correum vel invito ac repugnante creditore. §. *ex hujusmodi instit. tit. de duob. reis princ. tit. instit. quib. mod. toll. oblig. l. solutione* 23. *l. solvere.* 53. *ff. de solut. l. solvendo* 39. *ff. de negot. gest.* Solutis igitur a debitore centum, quanti fuit inter creditorem et debitorem, utriusque consensu lis aestimata, solutione ejus, quod debet, liberatur debitor ab obligatione: eoque per solutionem liberato indubitati juris est, liberari etiam omnes
32 alios obligatos. *d. princ. tit. instit. de solut.* et passim. Nec officit quod tota summa census soluta non fuerit. Etenim cum jus census esset incertum, et controversum, creditor pro ea summa transigendo, tanti videtur aestimasse jus suum, ut in simili respondit Paulus in *l. Sed si non servus* 36. *in princip. ff. ad Leg. Falcid.* nec quicquam amplius poterat a debitore extorquere, ut respondit Papinianus *in l. Imperator.* 70. §. 1. *ff. de leg.* 2. sed ea summa contentus 33
esse debebat, cum ipse juri suo ejusmodi pretium constituerit. Dubius enim litis eventus, incommoda, impensae, aliaque, quae necessario lites comitantur, valde minuunt summam debitam. Ulpian. *in l. nam hoc modo.* 11. *ff. de hered. vel act. vend. Hoc modo admittitur esse venditionem: si qua sit hereditas, esto tibi empta: et quasi spes hereditatis: ipsum enim incertum rei veneat; ut in retibus.* Hoc incertum habet aestimationem, quam ipsi dederint contrahentes, *ut in retibus.* ait J. C. videlicet quemadmodum cum emitur jactus retis, nempe captus piscium, vel avium, *l. si jactum* 12. *ff. de action. empt. l. nec emptio.* 8. §. 1. *ff. de contr. empt.* idemque est cum emitur partus nasciturus, vel fructus futuri. *d. l* 8. *in princ.* Nam et id quod incertum est, potest aestimari. *d. l. si jactum.* 12 *de act. empti.* et qui solvit illam aestimationem, ab obligatione per solutionem liberatur. *d. l. si jactum.* Incertum quoque emitur, et aestimatur cum emitur nomen debitoris, qui sub conditione debet. *l. nomina* 17. *et l. multam* 19. *ff. de hered. vel act. vend.* imo, et cum emitur nomen debitoris cujuscumque: licet enim certam summam debet, tamen incertum est, quid ab eo poterit exigi: vel cum emitur actio, ut in *l. venditor* 23. *ff. eod.* Nemo autem dixerit, me non solvere integram summam, si solvero quinquaginta, quanti fuit aestimata, licet actione illa centum peti possint. Ad rem nostram. Tran- 34
sigentes pepigerunt de summa centum scutorum: tanti incertum litis aestimarunt: tanti creditor aestimavit actionem suam, nomemque debitoris: soluta hac summa creditori secundum conventionem,

et aestimationem utriusque consensu constitutum, quis neget hac solutione plene satisfactum fuisse creditori, et per solutionem debitorem fuisse liberatum? Atque id actum fuisse inter contrahentes ipsi manifesto declararunt paciscendo, ut solutione conventae summae extingueretur et resolveretur census, et omne jus, quod ex ea causa posset provenire. Manifestum igitur est compertumque, solutione peremptam extinctamque fuisse principalem obligationem, adeoque etiam omnes alias, quae ipsi accesserant: nam ea sic extincta, non possunt amplius subsistere: Imo vero, ne quidem si iterum se obligaverint, nova obligatione poterunt obstringi: nam qui fieri potest, ut obligetur ad praestandum censum, aut solvendos ejus fructus, extincto jam, et resoluto censu? repugnat, et naturalis, et civilis ratio. Deficiente enim re, quae in obligationem deducitur, consistere non potest obligatio. *l. cum illud* §. 1. *ff. quand. dies leg. ced. l. cum certus* 5. *ff. de trit. vin. et ol. leg. l. nec emptio* 8. *in princ. ff. de contr. empt. l.* 1. §. *si id quod* 9. *ff. de oblig. et act. l. si homo* 69. *ff. de V. O. l. inter* 83. §. *sacram vers. et ea dumtaxat ff. eod.*

35 Nihilo magis ad rem pertinet *decis.* 169, Nam ibi reus duabus obligationibus erat obstrictus, altera tamquam heres cum beneficio legis, altera nomine proprio, qua se per stipulationem obligaverat. Potest enim quilibet pro eadem re duabus obligationibus teneri *l. non ut ex pluribus* 159. *ff. de R. J. l. et an eadem* 14. §. *actiones ff. de except. rei judic.* maxime si altera sit proprio nomine contracta, altera vero hereditaria *L. generaliter* 5. *vers. reum vero, et vers. refert autem ff. de fidejussor.* Potest igitur pacto vel transactione reus duabus obligationibus obstrictus ab una liberari, retenta altera. In laudata decisione liberatus erat obligatione hereditaria, non autem obligatione, qua ipse sua promissione, nomine proprio se obstrinxerat. At in nostra specie D. Octavius tenebatur solum tamquam heres beneficiatus, nec ipse nomine proprio se obligaverat: cum igitur tamquam heres liberatus fuerit in transactione: et eo amplius etiam bona hereditaria fuerint nominatim liberata, nulla superest obligatio, cui possit inniti obligatio fidejussoris: praesertim quia fidejussor initio tempore contractus pro censu se obligaverat, qui est jus in re: ac propterea liberata re, super qua census fuit impositus, non potest manere fidejussor obligatus.

Infirmatis ac refutatis argumentis, quibus fundatur decisio, quam examinamus, modo revertarum ad confirmandum exquisitius, quod dicebamus, fidejussorem proposita transactione fuisse liberatum. Regula juris est certissima, 36
fidejussorem liberari, quotiescumque habiturus esset regressum adversus principalem debitorem: ea evidenti ratione, quia frustra liberatus esset a suo creditore debitor, si posset a fidejussore conveniri. Quid enim debitoris interest utrum a creditore, an a fidejussore conveniatur, et cogatur ad solvendum? Tradita est hujusmodi regula passim in jure nostro. In *l. cum Lex* 46. *ff. de fidejuss.* Ibi: *fidejussor quoque liberatur, eo magis quia per ejusmodi actionem ad reum pervenitur.* In *l.* 1. §. *exceptionem ff. quar. rer. act. non datur.* Ibi: *etenim parvi refert, protinus libertus cogatur dare, an per interpositum fidejussoris personam l. ult. in fin. C. de usur. rei judic.* Ibi: *cum enim interventor solvere compellebatur, et ipse reum coercebat ad invitum solutionem, nullum condemnatus habebat sensum nostrae humanitatis, quia per medium fidejussorem statim solvere compellebatur. l.* 3. §. *nunc de effectu ff. de liberat. leg. alioquin. dum a correo meo petitur, ego inquietor. l.* 5. *in princ. ff. eod. alioquin. si fidejussorem coeperit convenire, alia ratione reus convenitur. l. quod dictum* 32. *ff. de pact. l. sed si pater* 9. §. *non solum ff. de S. C. Macedon. l. adversus*

29. *ff. de recept. arbitr.* ubi qui petit a fidejussore, τῷ δυνάμει a reo petit, et incidit in poenam impositam petenti ab ipso reo, perinde ac si ab ipso reo peteret §. *exceptiones inst. tit. de replicat.* Ibi: *et recte, quia quod ab iis petitur, id ab ipso debitore peti videtur, quia mandati judicio redditurus est eis, quod pro eo solverint.* Est ergo regula constans, et perpetua, quod quando fidejussor habiturus est regressum contra reum principalem, liberato reo, ipse quoque liberatur. Tribus autem in causis fidejussor non habet regressum contra reum principalem, cum ei non detur neque mandati actio, neque negotio-
37 rum gestorum. Prima, si fidejusserit pro debitore invito ac repugnante *l. qui fide alterius* 53. *ff. mandat. l. si pro te* 40. *ff. eod. l. fin. C. de negot. gest.* Altera, si donationis causa fidejusserit: non potest enim repetere, quod donavit *l. sed si pater* 9. §. *non solum ff. de S. C. Macedon. l. quod dictum* 32. *ff de pact. l.* 5. *in princ. ff. de liberat. leg.* Tertia, si in rem suam fidejusserit, et ad eum pecunia pervenerit, quo casu pro reo accipiendus est *l. sed si fidejussor* 24. *ff. de pact. l.* 5. *in princ. et in* §. 1. *ff. de liberat. leg.* His causis exceptis fidejussor habet regressum adversus debitorem principalem, pro quo solvere compellitur, ut sibi restituat, quod solvit; ad quod repetendum datur ei actio mandati vel negotiorum gestorum. §. *si quid autem* 6. *instit de fidejus. l. idemque* 10. § *fidejussores ff. mandat.* adeoque ex modo explicata regula necesse est, ut liberato reo, liberetur etiam fidejussor.

38 Neque has actiones ipsi potest auferre reservatio, et protestatio creditoris: quia jus nostrum nobis invitis auferri non potest, aut fieri deterior nostra conditio, *l. nec. filius* 7. *C. de reb. cred. l. id quod nostrum ff. de R. J. l. debitorem* 15 *C. de pignor. l solvendo* 39. *ff de negot. gest. l.* 3. *in princ. ff. de transact.* Ibi: *Imperatores Antoninus et Verus ita rescripserunt. Privatis pactionibus non dubium est, non laedi jus caeterorum. Quare transactione etc. l.* 2. *C. res inter alios acta*, Ibi: *Inter alios factam transactionem absenti non posse facere praejudicium, notissimi juris est, l. si unus* 27. §. *pacta* 4. *vers. ante omnia ff. de pact.* Ibi: *ante omnia enim animadvertendum est, ne conventio in alia re facta, aut cum alia persona, in alia re aliave persona noceat. l. quo tutela* 73. § *ult. ff. de R. J.* Ibi: *nec paciscendo nec legem dicendo, nec stipulando quisquam alteri nocere potest:* et in *l. seq. non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri.* §. *ult. inst. tit. de his qui sunt sui vel alien. juris.* Ibi: *nec cuiquam hominum jus suum detrahi oportet.* Ita respondit 39
Antoninus Imperator. Idque adeo verum est, ut contra nec princeps ipse rescribat *l.* 2. § *merito* 13 *et* § *si quis a Principe ff. ne quid in loco publ. l.* 2. *C. de precib. imper. offer. l. si testamentum* 10. *C. de testam. l.* 5. *C. de revoc. don. L. auctoritatem* 3. *C. unde vi. l nec avus C. de emancip. liber.* Sine ulla igitur controversia fidejussor, qui transactioni non intervenit, eique consensum non praestitit, omne jus retinet adversus debitorem, omnesque actiones, quas ei debitor paciscendo cum creditore non potuit auferre. Atque remanentibus penes fidejussorem actionibus, quibus potest convenire reum principalem, ipse quoque fidejussor liberatur, juxta regulam modo traditam: ergo certissimum est, in proposita causa fidejussorem fuisse liberatum. De hac insuperabili difficultate altum silentium in laudata decisione.

Aliud quoque praesto est fidejussori tutissimum praesidium, quo se a creditore conventus tueatur, exceptio cedendarum. Etenim creditor fidejussori prae- 40
stare debet actiones *l. cum is* 36. *ff. de fidejuss. l. cum alter* 11. *C. eod.* et si non possit actiones cedere fidejussori ad solvendum parato, repelli ab agendo de-

bet hac exceptione *l. Stichum aut Pamphilum* 95. §. *si creditor penult. ff de solut. l. si pupillus* 45. *ff. de admin. tutor.* et ad utramque legem videndus Cujacius : sunt enim admodum obscurae. Facit text. *in l. si mandatu* 13. *in l fidejussoribus.* 17. *ff. de Fidejus. l. Papinianus* 28. *et l. qui* 43. *ff. mandat.* Neque hoc beneficium a lege concessum fidejussori potest ipsi invito pactione creditoris auferri, qua juri publico derogari non potest, *l. si arrogator* §. 1. *ff. de adoption. l. jus publicum* 38. *ff. de pact. l. Neratius* 20. *in princ. vers. quia pacto ff. de relig. et sumpt. fun. l.* 1. §. *si inter ff. de magist. conven. l. quod bonis* 15. §. 1. *ff. ad Leg. Falcid. l. Cerdonem* 42. *ff. de oper. libert.* Imo etiamsi non a lege sed pactione ipsius creditoris fuisset exceptio quaesita fidejussori, tamen contraria pactione non posset ipsi creditor eam auferre, et privare ipsum beneficio quod ejus facto fuerat ipsi acquisitum *l. ult. ff. de pact.* Nam et naturalis, et civilis ratio suadet, alienam conditionem meliorem quidem etiam ignorantis, et inviti nos facere posse, deteriorem non posse *l. solvendo* 39. *ff. denegot. gest.*

41 Respondent ad hoc primo, quod fidejussor non indiget cessione actionum, ut possit agere contra reum principalem. Sed inanis est haec responsio. Neque enim quaerimus, utrum indigeat cessione actionum: sed an ei jure concessum sit hoc beneficium cedendarum actionum, et an eo possit privari a creditore. Si habet hoc beneficium, ut vere habet, eoque privari non potest pactione creditoris, consequens est, eum exceptione cedendarum actionum repellere posse agentem creditorem; quia creditor nullas habet actiones, quas cedere possit, aut inefficaces ad consequendum. Neque officit, quod alio remedio possit suum consequi. Tralatitium enim, plura remedia a jure concedi, pluresque in eamdem rem actiones, plures exceptiones, ut laxior sit agendi facultas, ut docet Papinianus in *l. cum filius* 76. §. *variis ff. de legat.* 2. Et de actionibus exempla passim occurrunt in *l.* 1. *C. commun. de legat. in l. quod in herede* 9. §. 1. *ff. de tribut. act. l. pro socio* 38. *et l. sed si ex causa* 47. *ff. pro socio l. et an eadem* 14. §. *actiones ff. de except. rei judic. l. non est novum* 10. *ff. de action. empt.* De exceptionibus autem in *l.* 2. §. *item quaeritur* 4. *cum* §. *seqq. ff. de dol. mal. et met. exc.* et explorati juris est, neminem prohiberi pluribus exceptionibus uti, etiamsi diversae sint, nisi lex ipsa impediat *l. nemo* 8. *ff. de exception. l. nemo* 43. *ff. de R. J. c. nullus* 20. *de except. in* 6. Praesertim vero in casu nostro, in quo duae exceptiones non proveniunt ab eadem causa: et amplius quod exceptio cedendarum plenior est exceptione pacti. Quocirca illud etiam falsum est, quod ea non indigeat fidejussor. Sed frustra de hoc quaeritur, ut modo dicebam; ac ne ipsi quidem judices in hoc insistunt, sed id obiter tantummodo attingunt.

Respondent igitur, quod ex illa reservatione contra fidejussores deducitur, 43
id tacite actum fuisse inter creditorem et debitorem; ut creditor posset cedere actiones fidejussori convento, et ad solvendum parato, quibus possit a debitore, quantumcumque solverit, recuperare. Sed haec responsio nec ulla lege nititur, nec ullo rationis jurisque fundamento. Allegant quidem illi textum in *l. nisi hoc actum* 22. *ff. de pactis*, ubi hoc aperte disponi affirmant, ejusque verba afferunt, quasi illis haec controversia definiatur, ibi *n.* 26. sed ea nihil ad rem nostram. Ibi enim agitur de exceptione pacti conventi, non de exceptione cedendarum, quae ab ea est longe diversa. Etenim lex illa connexa est superiori legi, in qua nominatur exceptio pacti, et de ea solummodo quaeritur, an proficiat fidejussori. Satis est, legem utramque vel cursim legere, ut intelligatur, quam perperam ad hoc alle-

getur. Enimvero non solum id nulla lege constitutum est. Sed lex huic tacitae interpretationi repugnat ac refragatur. Si enim creditor potest cedere, imo cedere cogitur actiones suas fidejussori, habebit hic regressum adversus principalem debitorem. Constans autem et perpetua juris regula est, liberari fidejussorem, quoties habiturus est regressum adversus principalem liberatum, ut paulo ante demonstratum est. Repugnat etiam ratio, et voluntas ipsius debitoris. Quorsum enim paciscatur a se non peti, si poterit conveniri, et cogi ad solvendum a fidejussore? Quid enim refert debitoris, utrum cogatur solvere a suo creditore, an a fidejussore? *l.* 1. §. *exceptionem ff. quar. rer. act. non dat. l. ult. in fin. C. de usur.* et aliis supra allatis. An vero verisimile est debitorem transigendo id egisse, ut nullum emolumentum ex transactione perciperet? Repugnat huic voluntati natura ipsa transactionis, quae eo fit, ut a lite discedatur, ut lis finiatur, et finita amplius non reviviscat *l. fratris* 10. *C. de transact. l. causis* 16. *C. eod.* Reviviseeret autem lis, si creditor cederet actiones fidejussori, quibus ageret contra debitorem: nam cum sint eaedem actiones, quibus debitor ab ipso creditore conveniebatur, eadem controversia esset in judicio disceptanda, eademque lis denuo instauraretur. Sed fac eam fuisse voluntatem transigentium contra omnem verisimilitudinem: quid tum? an hoc pendet a voluntate contrahentium? minime vero: hujus rei omnis potestas in jure sita est, quod creditorem compellit ad cedendas actiones, si quas habet, fidejussori solventi: et si non possit, aut nolit cedere, tuetur fidejussorem, ne cogatur ad solvendum. Debitor autem non potest auferre fidejussori exceptionem, quam habet a jure ad repellendum creditorem *l. si stipulatus* 15. *in princ. ff. de fidejussor.* nec impedire, ne eam opponat creditori, etiamsi contentum se esse dicat, et paratum sustinere judicium, si fidejussor mandati cum eo agere velit *d. l in princ.*

Sed ut pressius agam: quas, oro, 44
actiones cedere debet creditor, aut cedere potest, si nullas actiones amplius habet? Num potest in fidejussorem transferre actiones, quas non habet? Absurdum est hoc dicere. *l. traditio* 20. *ff. de acquir. rer. domin.* Ibi: *traditio nihil amplius transferre debet, vel potest ad eum, qui accipit, quam est apud eum, qui tradit.* Si igitur quis dominium in fundo habuit, id tradendo transfert; si non habuit, ad eum, qui accipit, nihil transfert. *l. si noxale* 17. *in fin. ff. de noxal. act.* Ibi: *quia nullum ad actorem dominium transferre possunt, cum ipsi domini non sint.* Verum enim vero creditor soluta sibi a debitore pecunia, de qua convenit in transactione, nullas amplius actiones habet adversus debitorem, qui satisfecit, cum satisfactio pro solutione sit *l. satisfactio* 52. *ff. de solut. l. si rem* 9. §. *omnis ff. de pign. act.* ubi etiam monet Ulpianus, quod satisfactum accipitur, quemadmodum voluit creditor, etiamsi non sit solutum: sive pretium aliquod datum fuerit: quae maxime huic causae conveniunt. Quamquam de hoc ambigi non possit, quia convenit in transactione, ut soluta ea summa pecuniae, resolveretur census, et omne jus creditoris extingueretur. Itaque sublata est, et extincta creditoris obligatio tum per ipsius conventionem, tum per satisfactionem debitoris solventis summam, de qua convenerat. Sublata autem obligatio et actio non potest amplius reviviscere *l. sancimus* 25. *vers. non enim debet. C. de admin. tutor. L. Maevius* 66. §. 1. *ff. de leg.* 2. *l. qui rem suam* §. *aream vers. in perpetuum ff. de solut.* Nec potest adversus debitorem liberatum actio cedi *l.* 1. *C. de contr. tut. judic.* nec conveniri qui satisfecit. *l. si pupillus* 45. *ff. de admin. tutor.* Quomodo igitur cedet creditor actiones, si eas non habet?

45 Nec illud tacitus praeterire possum, quin saltem strictim attingam. Etiamsi creditor actionem aliquam haberet, sed eam quae exceptione potest elidi, tamen non posset obtinere contra fidejussorem opponentem exceptionem cedendarum actionum. Etenim non videtur cedere actionem, qui cedit actionem inutilem et inefficacem: quia nihil interest, quis actionem ipso jure non habeat, an eam, quae exceptione potest infirmari *l. nihil interest* 112. *ff. de R. J.* Quocirca etiamsi exceptio esset personalis, veluti pacti personalis, tamen quia inutilis esset cessio fidejussori, propterea quod ipsam debitor repellere posset pacti conventi exceptione; idcirco repellere et ipse potest creditorem, hujusmodi cessionem offerentem. Nec poterit creditor cedere actionem liberam ab hac exceptione, cum non possit plus juris in eum transferre, quam ipse habeat *l. nemo plus juris* 54. *l. nemo plus commodi* 120. *et l. alius* 160. *in fin. ff. de R. J.* Quamobrem qui utitur mandatis actionibus, eo jure uti debet, quo is, cujus persona fungitur *l. emptor* 5. *C. de hered. vel. act. vend. l. apud Celsum* 4. §. *de auctoris* 27. *ff. de doli mal. et met. except.* adeoque cum creditor repelli posset a debitore, si ab eo conveniretur: exceptione pacti, ergo eadem exceptione poterit repelli etiam fidejussor, qui utitur actione creditoria.

46 At, inquies, pactum personale est, ideoque personalis est etiam exceptio, quae ex eo nascitur *l. idemque* 25. §. 1. *ff. de pact.* Exceptiones autem personales, quae obstant cedenti, non obstant cessionario, quia personam non egrediuntur, et fidejussori non prosunt *l. exceptiones* 7. *in princ. ff. de except. l. invitus* 156. §. *cum quis ff. de R. J. l. doli* 19. *ff. de novat.* Et quamvis obstet cessionario habenti causam lucrativam *l. apud Celsum* 4. §. *si quis autem* 29. *ff. de doli mal. et met. except. et* §. *auctoris* 31. *ibid. l.* 5. §. *penult. ff. eod.* tamen habenti causam onerosam ut in proposita quaestione, opponi non potest *d. l.* 4. §. *de auctoris* 27. *et* §. *si cum legitima* 28. *eod.*

Sed cavendum, ne verbi controversia nos torqueat. Ambiguum enim est hoc verbum *personalis*, quoniam aliquando refertur ad personam debitoris, aliquando ad personam creditoris: atque adeo utraque exceptio personalis dicitur, tam ea quae cohaeret personae debitoris, quam ea quae cohaeret personae creditoris. Si exceptio sit personalis quoad debitorem, hoc est, cohaereat personae debitoris, utique soli debitori competit, nec ad alios transfertur: adeo ut nec heredes debitoris ea uti possint, nec ejus fidejussores, ut est exceptio pacti personalis *d. l. nisi hoc actum* 22. *ff. de pact. et l. maritum* 12. *ff. sol. matrim. l. exceptiones* 7. *ff. de except.* ubi pleraeque exceptiones personales referuntur. Ipse tamen debitor, cujus personae cohaerent, illis uti potest adversus omnes, a quibus conveniatur, easque opponere non solum agenti creditori, sed omnibus habentibus causam ab eo, adeoque etiam cessionario *l. quod ipsis* 143. *l. qui in jus* 177. *ff. de R. J.* Exceptio autem cohaerens personae creditoris, soli creditori opponi potest, quia nascitur ex vitio et qualitate propria creditoris, quae non est communis habentibus causam ab eo. *l. apud Celsum* 4. §. *de auctoris et* §. *seq. ff. de dol. except.* Excipitur tamen is, qui ex causa lucrativa successit *d. l.* 4. §. *si quis autem* 29. item cum res est reversura ad ipsum auctorem *d. l.* 4. § *idem tractat.* 30. Exempla autem harum exceptionum sunt in creditore exule vel excommunicato, qui ab agendo repellitur *c. intelleximus de judic. c.* 2. *et c. exceptionem* 12. *de exception. c. decernimus de sentent. excom. in* 6. Alia omittimus, quia hoc ad nostram controversiam non pertinet, cum in ea agatur de exceptione cohaerente personae debitoris, de qua supra.

His ad normam rectae rationis, et ad 47
regulas juris probe et accurate perpen-

sis, quid contra afferant sapientissimi judices, diligenter excutiendum. Afferunt autem multos DD. qui decidunt, posse creditorem cedere actiones fidejussori, cum id efficiat reservatio, per quam videtur convenisse inter creditorem et debitorem, ut possit cedi actiones, quod jam confutatum est. Doctores autem, quos afferunt, nihil ejusmodi dicunt. Neque enim agunt de fidejussore, sed de duobus reis, aut de tertiis possessoribus. In duobus reis est ratio longe dissimilis. Duo rei tenentur in solidum singuli §. 1. *Instit. tit. de duob. reis l.* 2. *l.* 3. §. 1. *l. ult. ff. eod. l.* 2. *C. eod.* singuli sunt aeque principales, et eadem obligatione obstringuntur, *l.* 2. *in fin. C. de duob. reis*, singuli in solidum possunt conveniri; actio enim contra singulos in solidum competit, *l.* 1. *C. eod.* et potest unus tantum ex illis conveniri electione creditoris, *l.* 3. §. *ult. ff. eod.* adeo ut nec a principe electio possit adimi creditori. *l.* 3. *in fin. C. eod.* Uno autem ex illis liberato alter manet obligatus, et quidem in solidum *l. ult. ff. eod. l. fidejussoris* 23. *ff. de pact.* uno enim exempto ab obligatione, integra et illaesa in altero consistit obligatio *d. l. ult. et l. Granius* 71. *ff. de fidejuss.* nisi solutione, aut acceptione sublata sit obligatio *l.* 2. 3. §. 1. *ff. de duob. reis*, §. 1. *inst. eod. l.* 2. *in fin. C. eod. l.* 3. §. 3. *ff. de liberat. leg.* Vere igitur statuunt DD. uno ex duobus reis per pactum liberato creditorem convenientem correum debere, ac posse ipsi actiones cedere; non quia de hoc convenerit tacite in liberatione, sed quia ipse retinet actionem, quam cedere potest. Retinet enim actionem adversus correum non liberatum, quia, ut diximus, altero exempto alter manet obligatus, et ideo jure potest eum convenire. Retinet actionem etiam adversus reum jam liberatum; tum quia per pactum non tollitur actio §. *praeterea inst. tit. de except.* tum quia quodammodo nomen debitoris videtur vendidisse, et ideo habet actiones, quia tenetur ad id ipsum, ut praestet actiones, ut ait Paulus in *l. cum is* 36. *in fin. ff. de fidejuss. l.* 2. *C. de duob. reis.* Atque id hodie videtur de jure certissimum post *Novell.* 99. in qua jubet Imperator, inter duos reos dividi obligationem et actiones cedi. Et licet Cujac. et alii putent, ibi non agi de duobus reis, sed de fidejussoribus altera fidejussione obligatis, ut ibi ait Imperator; tamen a communi opinione non dissentio, ibi agi de duobus reis, quia et hi vice mutua fidejussores esse dicuntur a Papiniano in *l. reos* 11. *in princ. ff. de duob. reis.* Igitur quod *vice mutua* dixit Papinianus: *alterna fidejussione* dixit Imperator. Addo praeterea DD. in nostra decisione allegatos supponere reservationem factam fuisse praesente correo, qui propterea videtur eam approbasse. Gobius autem *cons.* 41. qui agit de duobus fidejussoribus, supponit, in facto liberatum fuisse unum ex fidejussoribus cum consensu, et renuntiatione ipsius debitoris. Ex quibus apparet, quam absurdum sit, nostram controversiam ejusmodi auctoritate decidere. Porro Rota post Merlin. *dec.* 10. *num.* 10. ubi agit de nostra specie, videlicet de reo principali per pactum liberato, ait obstare creditori exceptionem cedendarum actionum: et recte, ut supra est demonstratum.

Enim vero quae de correis sunt con- 48
stituta, fidejussori, reoque principali haud quaquam conveniunt. Fidejussor enim et reus principalis non sunt aeque principaliter obligati; sed fidejussoris obligatio pendet ab obligatione debitoris principalis: ab ea sustinetur: ejus est accessio, *princ. tit. instit. de fidejuss. et* §. *fidejussores* 5. *l.* 1. *l. generaliter* 5. *in princ. l. hi qui accessionis* 34. *ff. eod.* Liberato reo principali vel ipso jure, vel ope exceptionis, etiam fidejussor ipso jure, aut ope exceptionis liberatur, ut initio probavimus. Quoties fidejussor habiturus est regressum contra principalem quomodocumque liberatum, etiam ipse

liberatur; et hoc supra est demonstratum. Nihil tale in duobus reis. Denique si creditor non possit cedere actiones efficaces fidejussori adversus principalem debitorem, non potest ab eo exigere pecuniam. In casu autem nostro nullas actiones cedere potest, quia nullas habet, ut diximus. Sibi autem imputare debet creditor, si cedere non potest actiones, cum suo facto eas amiserit. *l. Stichum* 95. §. *penult. ff. de solut.* Nec factum creditoris ejusque pactum nocere debet fidejussori. *l. factum ff. de R. J. l. si tibi* 17. §. *pen. l. si unus* 27. §. *pacta* 4. *in fin. ff. de pact.* Nec potest ei adimere jus, quod habet petendi cessionem actionum. §. *ult. vers. dominorum inst. tit. de his qui sunt sui vel al. jur.* Ibi*: nec cuipiam hominum jus suum detrahi oportet.*

Superest auctoritas doctissimi Bartholomaei Chesii, qui solus agit de debitore principali, et fidejussore, de quibus et a nobis pertractatur. Hic *lib.* 2. *c.* 22.
49 doctissime confutat Cujacium et Fabrum: probatque, etiam fidejussorem petere posse a creditore, ut sibi cedant actiones, etiamsi habeat proprias actiones mandati. Idque verissimum est: omnis enim qui pro alio solvit, exigere potest a creditore, ut sibi cedat actiones adversus debitorem, quem solvendo liberat; etiamsi aliis actionibus possit experiri *l. si cum venderet* 13. *ff. de pignor. act. l. emptor* 5. *C. de he-*
50 *red. vel act. vend. l. ex legato C. de leg.* et passim in jure nostro. Illud satis probare non possum, quod ait *num.* 13. et 14. creditorem, qui pacto personali liberat debitorem, nolle ipsum omnino liberare, sed magis ei dilationem dare, cum velit eum ab ipso fidejussore conveniri posse impetratis a creditore actionibus*:* videtur enim voluisse, creditorem actiones cedere posse. Praetereo ea, quibus hoc supra refutavimus; illud addo, quod etsi hanc praesumptionem, et tacitam voluntatem creditoris admittamus in nudo pacto, tamen ea non potest admitti in transactione, quam litigantes ineunt ad litem dirimendam, ut liberentur a molestia, incommodis, impensisque et incerto litis eventu *l. fratris tui* 10. *l. causas l. nec intentio l. si majores l. quamvis C. de transact. l. post decisionem C. de furt.* non ut lis instauretur per cessionem actionum factam a creditore fidejussori, quod ne principali quidem rescripto fieri permittitur *d. l. causas* 16. Repugnat igitur naturae, finique transactionis et inténtioni transigentium haec tacita voluntas, quam praesumunt, seu potius divinant.

Verum nec in simplici potest admitti, quod creditor voluerit potius dare dilationem debitori, quam eum liberare, reservata sibi facultate cedendi actiones. Posset enim creditor statim convenire fidejussorem, eoque ad solvendum parato cedere actiones, quibus statim compelleret debitorem ad solvendum. Ita nos docet Justinianus in *l ult. C. de usur. rei jud.* ubi reprobat opinionem eorum, qui concedebant condemnatis inducias ad solvendum, easque denegabant fidejussoribus. Ait autem: *Cum enim interventor solvere compellebatur, et ipse reum coercebat ad invitum solutionem, nullum condemnatus habebat sensum nostrae humanitatis, quia per medium fidejussorem statim pecunias persolvere compellebatur.* Observa quaeso verba illa: *statim pecunias persolvere compellebatur*: nec non illa*: nullum habebat sensum nostrae humanitatis.* His funditus evertitur superior sententia.

At enim pactum in personam non 51
prodesse fidejussori traditum est in *l. nisi hoc actum* 22. *ff. de pact.* Verissimum id quidem: sed considerandum, quomodo proficiat, et cuiquam prosit. Non alia certe ratione, quam ut nobis tribuat exceptionem pacti conventi, nec ultra vires suas extendit nudum pactum §. 3. *vers. qua de causa instit. tit. de except. l. jurisgentium* 7. §. *sed cum nulla et l. quod dictum* 32 *ff. de pact. l.* 5. *in*

princ. vers. atqui solemus ff. de liber. leg. Nec aliud quicquam opis, ac beneficii, et auxilii pactum principalis debitoris affert fidejussori, quando ei prodest. *d. l. si quis* 5. *in princ.* Ibi: *pacti exceptionem fidejussori dandam d. l. quod dictum*, Ibi: *fidejussori competere exceptionem, et d.* §. *ult.* Ibi: *perinde succurrendum esse per exceptionem pacti.* Igitur prodesse pactum fidejussori nihil aliud significat quam ei dari, vel non dari exceptionem pacti conventi, quam sibi paciscendo acquisivit debitor principalis. Nec alia mens est JC. in nostra *l. nisi hoc actum.* ibi enim quaeritur solummodo, quandonam exceptio pacti de non petendo quaesita reo principali prosit fidejussori. Ibi: *quatenus alii quoque prosit, vel noceat pacti exceptio*: quae verba licet sint legis antecedentis, tamen ea connexa sunt cum consequentibus, eademque periodo concluduntur. Quocirca verissimum est, quod pactum in personam non prodest fidejussori, hoc est, ut ibi explicat Ulpianus, *fidejussor exceptione non utetur.* Poterit igitur fidejussor conveniri a creditore, nec poterit eum repellere exceptione pacti conventi, quae cum ipso non communicatur, nec ea uti potest, nec ipsi prodest *d. l. et heredi* 21. *in fin. cum l. seq.* Quamvis autem ex persona fidejussor non acquirat pacti exceptionem, non propterea tamen amittit exceptionem cedendarum, quae ipsi non obvenit ex pacto de non petendo, cum quo nihil commune habet, sed ipsi datur a lege ad recuperandum a reo principali, quod pro eo solvit. Certissimo argumento est, quod eam habet, etiamsi nullum pactum intervenerit, et quod eadem datur etiam iis, quibus non prodest alterius simul obligati pactum, ut confidejussores, contutores, correi.

Habes, amice charissime, meam de laudata decisione sententiam: probabilemne an secus, tuum judicium esto. Si volueris haec omnia, quae dixi, pragmaticorum auctoritate confirmari, volens lubens exequar. Superest modo, ut maximas tibi gratias agam, quod mihi dederis occasionem explicandi legem, quae doctissimorum hominum torsit ingenia.

CAPUT IX.

Ad L. qui balneum 9. ff. qui potior in pign. hab.

SUMMARIUM.

I. Conditio casualis et mixta in contractibus retrotrahitur.
II. Non potestativa.
III. In hereditate quaecumque conditio retrotrahitur.
IV. Quoad dominium conditio retrotrahi nequit in contractibus.
V. Secus est in legatis et hereditate.
VI. An in legatis conditio retrotrahatur, magna dissensio.
VII. Verius non retrotrahi quoad obligationem legati.
VIII. In hoc legata differunt a contractibus.
IX. Contractus conditionales statim perfecti sunt quoad factum, quidquid sit quoad juris effectus.
X. Legata non sunt perfecta ante conditionis eventum.
XI. Acquisitio legati non retrotrahitur.
XII. Nec in pignore retrotrahitur conditio.
XIII. Explicatur textus noster et n. XIV. XV. XVI.
XIV. Cautio pro legatis necessario praestanda est.
XV. Praelatio in pignore ejus, qui prius acceperat non est pignoris retrotractio.
XVI. Praetor imitatur jus civile.
XVII. Contrariis satisfit. et n. XVIII. XIX.
XIX. Neque favore libertatis conditio in legatis retrotrahitur et n XX.
XXI. Rotae Romanae argumenta expenduntur et n. XXII. XXIII.
XXIV. Et sententia Fusarii.

1 Explorati juris est, conditionem casualem vel mixtam in contractibus retrotrahi ad tempus celebrati contractus, perinde ac si ab initio extitisset, aut sine conditione initus fuisset contractus *l. potior* 11. §. 1. *ff. qui potior*: Ibi: *perinde habetur ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset*: *l. necessario* 8. *in princ. ff. de peric. et com. rei vend.* Ibi: *quasi jam contracta emptione in praeteritum.* In contractibus enim initium spectatur *L. non omne* 144. §. 1. *ff. de R. J.* Quo efficitur, ut si filius vel servus sub conditione contraxerit, patri et domino acquiratur obligatio, etiamsi con-

ditio extiterit posteaquam ille a patris potestate, hic a potestate domini liberatus est *l. si fil. fam.* 78. *ff. de V. O. l. quae legata* 18. *in fin. ff. de R. J.* adeo ut etiamsi filius in emancipationis suae tempus: servus in alienationem vel manumissionem contulerit obligationem; nihilominus ea patri dominoque acquiratur *l. ult. ff. de stipul. servor.* Efficitur etiam, ut, qui contraxit sub conditione, sit potior in pignore, etiamsi conditio existat, postquam alteri fuit pignus obligatum *l. potior* 11. §. 1. *ff. qui potior in pignor. hab.* Haec in conditione casuali vel mixta: in potestativa, hoc est, in ea, quae pendet a potestate debitoris, secus est. In hac enim specta-
2 tur tempus impletae conditionis, non vero contractus, ad cujus initium ea non retrotrahitur *l. penult. ff. quae res pign. l. qui balneum* 9. §. 1. *in fin. l. potior.* 11. §. *Si colonus ff. qui potior.* Neque enim aequitas, aut juris ratio suadet, ut retro fingatur extitisse conditio, quam antea poterat debitor implere, si ante voluisset nasci obligationem. Non convenit, legem fingere, id factum fuisse, quod nos facere noluimus.

3 In hereditate quoque conditio retrotrahitur, et in ea illud est singulare, quod retrotrahitur etiam conditio potestativa. Etenim heres quandoque adeat hereditatem, jam tunc a morte successisse intelligitur *l. heres quandoque* 54. *ff. de acquir. vel om. heredit.* quia hereditas neque ex die, neque ad diem dari potest *l. hereditas* 34. *ff. de hered. instit.* §. *heres pure inst. eod.* ne testator partim testatus, partim intestatus decedat, obstante juris regula in *l. jus nostrum* 7. *ff. de R. J.* Id exigit natura hereditatis, quae universum jus defuncti complectitur *l. hereditas* 62. *ff. de R. J. l. nihil est aliud* 24. *l. hereditatis* 119. *l. bonorum* 208. *ff. de V. S. l.* 3. *in princ. et in* §. 1. *ff. de bonor. possess. l. hereditas* 50. *in princ. ff. de petit. heredit* Quocirca etiam quoad acquisitionem dominii, fructuum atque omnium obligationum pendente conditione quaesitarum, retrotrahitur, *l. a Titio,* 64. *ff. de furt. l. legatum* 80. *ff. de leg.* 2. repraesentat enim personam defuncti *princ. tit. instit. de stipul. serv.* Atque in hoc etiam differt a contractu, 4
in quo non potest quoad dominium conditio retrotrahi, quia dominium traditione transfertur, non pactis et conventione contrahentium *l. traditionibus* 20. *C. de pact.* Itaque ante traditionem acquiri non potest. In hereditatibus quoque non acquiritur possessio bonorum hereditariorum aditione *l. cum heredes* 23. *ff. de acquir. posses.* quia possessio apprehensione rei acquiritur *l.* 3, §. 1. *l. quemadmodum* 8. *ff. de acquir. possess.* quae a lege non fingitur sicut in contractibus non fingitur traditio necessaria ad dominium acquirendum. Licet autem dominium ex naturali possessione coeperit, et per eam acquiratur *l.* 1. §. 1. *ff. eod.* tamen heres etiam non apprehensa possessione dominium acquirit, sicut etiam legatarius, quia in eos ab ipsa lege transfertur, et recta via a defuncto in eos transit ministerio legis *l.* 1. *et* 2. *ff. de bon. possess. l. heres quandoque ff de acquir. vel om. hered. l. omnis hereditas* 138. *l. omnis* 193. *ff. de R. J.*

In legatis pariter dominium retrotra- 5
hitur ad tempus mortis: nam si legatum agnoscat, ministerio legis in legatarium transit dominium rei legatae; et quidem a die mortis dominus fuisse fingitur, quasi ea nunquam facta fuerit heredis, sed recta via a defuncto transiverit ad legatarium *l. legatum* 80. *ff. de leg.* 2. *l. a Titio* 64. *in fin. ff de furt. l.* 1. *in fine ff. de public. in rem action.* Animadvertendum tamen est, quod tam in heredum institutionibus, quam in legatis id non fit virtute, et natura conditionis, cui proprie conveniat, ut retrotrahatur: sed ex natura hereditatis, et legati. Etenim etsi ea pure relicta fuerint, licet multum temporis intercesserit inter mortem, et aditionem heredi-

tatis, vel agnitionem legati: tamen tam hereditas, quam legatum statim a morte testatoris ipsis acquisita finguntur, ut apparet ex laudatis legibus.

6 An autem etiam quod ad retrotrahendam conditionem legata sint dissimilia contractibus, et diverso jure censeantur, inter nostros est magna dissensio. Ipsum Rotae Romanae supremum tribunal in hac controversia variavit. Vetus Rota communem DD. sententiam secuta non retrotrahi conditionem saepe definivit: recentior, non Doctorum numerum, sed rationum momenta perpendens, ut ait, abiit in contrariam sententiam. Doctores autem contra sentientes statuit esse intelligendos de acquisitione dominii ac spe transmissionis. Utrumque a vero prorsus abhorret. Nam quoad acquisitionem dominii, conditio retrotrahitur, ut modo probavimus, et DD. non possunt intelligi de spe transmissionis, cum de hac solummodo non agant, de qua nulla est omnino controversia, sed generaliter etiam quoad alios effectus, et in specie etiam quoad hypothecam. Ego ut ingenue fatear, quod sentio, priori sententiae libens accedo.

7 Quod conditio non retrotrahatur quoad obligationem legati, certissimi juris est. Nam in legatis puris statim a morte dies legati cedit. *l.* 5. §. 1. *ff. qu. dies leg. ced.* In legatis autem sub conditione nonnisi existente conditione dies legati cedit, hoc est nascitur obligatio. *d. l.* 5. §. *sed si sub conditione.* Neque haec obligatio retrotrahitur, nam si retrotraheretur, transmitteretur ad heredes obligatio: fingeretur enim nata tempore mortis testatoris, vivo scilicet legatario, adeoque ad heredes transiret, sicut evenit in contractibus, ut antea demonstratum est. Evenit pariter in legatis, quoties ejusmodi est conditio, quae per mortem legatarii impleatur. *l.* 4. §. 1. *ff. qu. d. leg. ced. l. Titio fundus* 73. *in fin. l. si ita legatum.* 103. *ff. de cond. et demonst.* Cum enim eodem momento, quo existit conditio, cedat dies legati; videtur cessisse vivo legatario, quia momentum, quo quis moritur, vitae tribuitur, non morti, *l. qui duos* 18. §. 1. *ff. de manum. testam.* Quamobrem licet pendente conditione, qui contraxit, creditor sit; tamen legatarius conditionalis creditor non est. *l. is cui sub conditione* 42. *ff. de oblig. et act. Is, cui sub conditione legatum est, pendente conditione non est creditor: quamvis eum, qui stipulatus est sub conditione placet etiam pendente conditione creditorem esse.* Faciunt *text. in l. creditores* 10. *in fin. in l. conditionales* 54. *ff. de V. S.* Creditor conditionalis ex contractu impedit libertatem datam in fraudem creditorum contra Legem AEliam Sentiam: Legatarius conditionalis non item. *l. in fraudem* 27. *ff. qui et a quib. manum. lib. non fiant.* Creditor conditionalis ex contractu spem habet obligationis, et actionis, eamque spem ad heredes transmittit §. *sub conditione inst. tit. de V. O. l. conditionales* 54. *ff. de V. S.* Legatarius conditionalis, nec spem quidem habere videtur *l. conditionales* 54. *in fin. ff. de V. S. juncta l. is cui* 42. *ff. de oblig. et action.* certe nihil habet, quod ad heredes transmittat. *l. intercedit in prin.* 59. *ff. de condit. et demonstrat. l.* 4. *in princ. et leg. seq. in princ. juncto* §. *sed si* 2. *ff. quando dies: leg. ced.* Dies certo extiturus, et conditio pariter certo extitura non efficit in contractu creditorem conditionalem, etiamsi ignoretur, quando utrumque sit extiturum. *l. si pupillus* 9. §. 1. *ff. de novat. l. nam si* 17. *cum seq. juncta l. in diem ff. de condict. indeb.* efficit tamen legatarium conditionalem. *l. heres meus* 78 *in princ. ff. de cond. et demonstr.* dummodo certum sit, extiturum vivo legatario *d. l. heres meus* §. 1.

Torquentur interpretes in indaganda ratione diversitatis et differentiae inter contractus et legata. Jason. in *l. si is qui pro emptore* 15. *ff. de usur. seu usucap.* quinque diversas opiniones recenset. Ego, 8

quantum existimare possum, ita sentio. Contractus, facti magis, quam juris sunt. *l. consilio* 7. §. 3. *ff. de curator. fur.* Quod attinet ad factum, statim perfecti sunt usque ab initio, simul ac in contrahendo intervenerit utriusque contrahentis consensus, et alia, quae ad substantiam, formamque cujusque contractus pertinent: ut verba in stipulatione, res in contractibus, qui re constant. §. *aliae autem instit. tit. de donat l. qui id quod* 33. §. *ult. ff. eod. l.* 1. *in fine l. in venditionibus* 9. *in princ. ff. de contr. empt. l.* 2. *in princ. l. in quibuscumque* 48. *ff. de oblig. et act. l. continuus* 137. §. 1. *ff. de V. O. l.* 3. *in fin. C. de resc. vend* et passim. Cum enim expleta est substantia et forma contractus, aut alius cujuscumque actus, non potest ipse non esse perfectus. Quod si contractui adjecta fuerit aliqua conditio; suspendit quidem illa obligationem et plerosque juris effectus in incertum eventum, ut est natura conditionis. §. *sub conditione.* 4. *instit. tit. de V. O. l. cum ad praesens* 37.
9 *cum duab. seqq. ff. de reb. cred.* Coeterum nihil detrahit de perfectione contractus, qui ex se aptus est, et idoneus ad producendam obligationem, omnesque juris effectus, nisi impediatur conditionis incerto. Quantum ad juris effectus, aliquando contractus conditionalis dicitur imperfectus. *l. necessario.* 8. *in fine principii. ff. de peric. et comm. rei vend. et l. quod saepe.* §. *in his et* §. *ult. ff. de contrah. empt. et in. l.* 1. §. *sed et custodiam. ff. de peric. et com. l. bovem.* 43. §. *si sub conditione. ff. de aedilit. edict. l.* 1. *ff. de donat. l. haec venditio* 7. *in princ. ff. de contrah. empt.* Cum enim ipsis obstet impedimentum pendentis conditionis, non potest illos producere, quo fit, ut quod attinet ad illos effectus, contractus dici ac videri possit imperfectus: de reliquo contractus ab initio perfectus est quoad factum, et substantiam, ita ut nihil a contrahentibus agendum sit amplius ad ipsum perficiendum, et existente conditione sine ullo novo facto contrahentium producat omnes juris effectus. Existente igitur conditione, atque adeo sublata suspensione, ac remoto impedimento, statim nascitur obligatio non quidem ex eventu ipsius conditionis, sed ex pristina voluntate contrahentium expressa, et interposita secundum praecepta juris jam olim in actu contrahendi. Itaque recurrendum est ad tempus initae conventionis, ex qua nata est obligatio remoto impedimento, quod ipsam suspendebat, et in incerto ponebat, et perinde haberi debet, ac si tum temporis nata fuisset, cum nata sit ex illis, quae tunc acta fuerunt inter contrahentes. Etenim existens conditio nihil confert ad constituendam obligationem, sed solum tollit, quicquid erat incerti, unde suspensa detinebatur. Recte Pomponius in *l. sub conditione.* 16. *ff. de solut. Sub conditione debitori si acceptum feratur, postea conditione existente intelligitur jam olim liberatus: et hoc etiam si solutio re fiat, accidere Aristo dicebat.* Non potest intelligi jam olim liberatus, nisi fuerit jam olim obligatus. Et Scaevola in. *l. ult.* §. 1. *versic. sed si ff. de vulg. sed si extiterit conditio, duae purae sunt*, et infra *vers. quippe.* Ibi: *quippe cum etsi extiterit conditio, duae purae sunt institutiones.* His efficitur, in contractibus spectandum esse tempus contractus, tum, cum in contrahendo gesta fuerunt omnia ad producendam obligationem comparata, ex quibus postea nullo contrahentium facto interveniente nata est obligatio. Illa enim ipsam pepererunt: illinc initium coepit obligatio: ex eo fonte dimanavit: Propterea retrotrahi debet conditio, quae ipsam suspensam detinuit, et remorata est. Debet etiam spes ejus ad heredes transire, mortuo ante existentem conditionem creditore: tum quia intelligitur obligatio initio contracta: tum quia contrahentes non solum sibi, sed etiam heredibus suis consulere voluisse censentur. *l. si pactum*

9. *in fin. ff. de probat.* Quamobrem creditor etiam conditionalis, dicitur creditor: neque enim debitor ulla ratione potest declinare obligationem, et a contractu recedere pendente conditione, quandocumque ea sit extitura.

10 Non ita res est in legatis. Ea enim initio non sunt adeo perfecta et consummata, ut adstringant ulla necessitate vel testatorem, vel legatarium. Testator potest mutare voluntatem. *l. 1. C. de sacros. Eccl. l. quod si 4. ff. de adim. leg.* potest adimere, vel transferre legatum. *l. 3. §. ult. l. sicut 5. et toto tit. ff. de adim. vel transfer. leg. princ. tit. inst. de adempt. leg.* Legatarius neque voluntatem suam, neque consensum applicuit ad liberalitatem testatoris, et ignorat plerumque legatum sibi relictum fuisse, ac vivente testatore nihil omnino juris habet in legato. Mortuo vero testatore nemo tenetur et adstringitur ante aditam hereditatem: eaque non adita, vel quia noluerit heres, vel quia non potuerit adire, fit irritum testamentum §. *posteriore inst. tit. quib. mod. testam. infirm. l. 1. ff. de injust. rupt.* et legatum pro non scripto habetur. *l. 3. non modice, ff. de his, quae pro non script. hab. l. si nemo 9. ff. de testam. tut. l. eam quam 14 C. de fideicom.* Ex persona quoque legatarii facile potest evenire, ut intercidat legatum veluti si ante eventum conditionis moriatur. *l. intercidit 59. in princ. ff. de cond. et demonstr.* moritur enim, antequam ei legatum debeatur. *l. legata 41. ff. eod.* et dies legati cedat *l. 5. §. sed si sub conditione ff. qu. dies leg. ced.* adeoque nihil ad heredm suum transfert. *d. l. 5. in princ.* nec spem quidem, quae adeo inanis est, et incerta, et caduca, ut nec spem quidem habere dicatur, quam possit ad heredes transmittere. Idque ex natura legati, et ex voluntate testatoris: nam cum legatum sit donatio, quam testator confert in legatarium. §. 1. *inst. tit. de legat. l. legatum 39. ff. de legat.* 2. utique testator eam confert ob meritum legatarii, vel ejus remunerandi causa, vel amicitiae ergo. *l. nec adjecit. 9. ff. pro soc.* quapropter in personam legatarii clausit benignitatem suam, eique soli consulere voluit, non heredibus ejus sibi ignotis, et forte etiam inimicis. Igitur si legatarius vivens non acquisivit legatum, nihil potest ad heredem transferre, non acquirit autem nisi eo vivente conditio existat. *l. si cum 4. ff. qu. dies. leg. ced.* Existente autem conditione licet dies legati cedat, et nascatur obligatio legati, nihilominus tamen dubia est, et incerta legati acquisitio: potest enim hereditas debitis adeo atque oneribus esse obnoxia, ut legatariis nihil supersit: potest et legatarius repudiare legatum, invitus enim accipere legatum non tenetur. *l. nec emere C. de jur. deliber. l. invito ff. de R. J.* Igitur ut legatum acquirat, debet ipsum post existentem conditionem agnoscere, nec implendo quidem conditionem ipsam acquirit. *l. ei qui ita ff. de cond. instit.* Imo etsi ante eventum conditionis agnoscat, vel repudiet legatum, nihil agit. *l. si ita scriptum §. 1. ff. de legat. 2. juncta l. is potest 18. ff. de acquir. vel omit. hered.* His de causis necesse fuit statuere contra, atque in contractibus est constitutum: scilicet ut legatarius pendente conditione non sit creditor, ut non transmittat spem adeo dubiam et incertam, ac prope nullam ad heredes; ut conditio non retrotrahatur.

Exposita ratione differentiae, caetera 11
modo persequamur. Quod attinet ad acquisitionem legati, pariter spectatur tempus existentis conditionis, eaque non retrotrahitur. Itaque si legatum sit ei, qui erat alienae potestati subjectus, nihilominus sibi legatum acquirit, si conditio existat eo tempore, quo sui juris est. *l. 5. §. ult. l. si usufructus 14. in fin. ff. qu. d. leg. ced. l. si uxorem 5. C. de condit. insert. l. si post mortem 68. ff. de leg. 1. l. 2. §. id quoque 3. ff. de collat.* ubi indicatur discrimen inter stipulationem et legatum conditionale, quoad

collationem: et agitur de praejudicio tertii. Item qui post apertum testamentum fuit deportatus, aut in metallum damnatus, si tempore existentis conditionis fuerit restitutus, legatum acquirit, *l. eum qui* 104. *ff. de cond. et dem. l. Aristo* 46. *ff. de man. testam.* Non aliter si sui juris erat, et tempore existentis conditionis sit alienae potestatis, acquirit ei, cujus juri subjectus est existente conditione *d. l. si usufructus* 14. *in fin.* At ne favore quidem libertatis conditio retrotrahitur, et in ea etiam spectatur tempus existentis conditionis *l. postlimininium* 19. §. *si statu liber* 6. *ff. de captiv. et postlim rev.*

12 Superest causa pignoris. Nec in ea quidem retrotrahitur conditio, ut docet Paulus in *l. si legati* 28. *ff. de pignor.* species ejus legis haec est. Legatum erat filiofam. sub conditione. Pater exegit cautionem ab herede, et pro securitate legati rem propriam heredis pignori accepit: conditio extitit tum cum filius sui juris esset. Respondit Paulus, quod neque pater potest pignus vindicare, neque filius. Non pater, quia existente conditione coepit legatum deberi filio, qui sui juris est, non patri, cujus potestati subjectus non est. Non filius, qui nunc coepit habere actionem, *nec ex praecedenti tempore quicquam juris habet in pignore.* Constat igitur, conditionem pignori adjectam non retrotrahi: inest enim pignori conditio ipsius legati *l.* 1. §. *ult. D. ut legat. nom. cav.* si conditio retrotraheretur, utique et obligatio et actio patri acquireretur, et posset pignus vindicare, in quo ipse jus haberet, ut evenit in contractibus *l. si filiusfam.* 78. *ff. de V. O. l. quae legata in fin. D. de R. J.* Nec aliter potest evenire, nam pignus et fidejussor sequuntur naturam et conditionem principalis obligationis, cui accedunt, et cui adhaerent, ita ut ab ea nunquam fere disjungi queant *l. cum principalis* 178. *D. de R. J. c. accessorium* 42. *de reg. jur. in* 6 adeoque non potest esse obligatus fidejussor aut pignus antequam debeat reus principalis *l. fidejussor.* 57. *ff. de fidejus.* Et ad rem nostram optime Paulus in *l. quidam* 132. §. *ult. ff. de V. O.* et in *l. si debitori* 47. *ff. de fidejus.*

Sed contrarium omnino respondisse vi- 13
detur Africanus in *l. qui balneum* 9. §. *sed etsi heres ff. qui pot. in pign. Sed etsi heres ob ea legata, quae sub conditione data erant, de pignore rei suae convenisset, et postea eadem ipsa pignora ob pecuniam creditam pignori dedit ac post conditio legatorum extitit; hic quoque tuendum eum, cui prius pignus datum esset, existimavit.* En pignoris obligatio, quae retrotrahitur ad tempus contractus in legatis, quemadmodum in contractibus, de quibus idem Africanus in antecedenti paragrapho.

Hanc difficultatem nostri declinant. Ego dicam, quod sentio. Agit hic Africanus de pignore conventionali. In conventionibus autem conditio retrotrahitur, ut paulo ante demonstratum est. Atqui, inquies, pignus accessit legato, ejusque conditionem, et naturam induere debet *l.* 1. §. *si quis sub conditione* 14. *ff. ut legat. nom. cav. l. cum legatorum*
8. *ff. eod.* Ita sane, nisi aliquid obstet, 14
quo fiat, ut propriam naturam debeat retinere. Cautio pro legatis praestanda, est satisdatio necessaria. Praecipitur enim a praetore, et quidem ea severitate, ut, si non caveatur, legatarius mittatur in possessionem omnium bonorum hereditariorum *l.* 1. §. *et* 2. *l. si ex causa* 4. *l. ei quoque* 15. *et ubique ff. ut leg. nom. cav. toto tit. ff. et C. ut in possess. legat.* Imo Imperator Antoninus his ex causis etiam bona propria heredis possideri posse rescripsit *l. certa* 6. *C. ut in possess. legator. l. is cui* 5. §. *Imperator* 16. *cum seqq. ff. eod.* Haec autem satisdatio, ut pote praetoria fidejussores desiderat *l. praetoriae* 7. *ff. de praetor. stipul.* Potest tamen etiam omisso fidejussore pignus dari, si pignore contentus fuerit legatarius *l. ult.*

§. *si legatarius ff. quod legator.* quamvis id sit contra naturam praetoriae stipulationis *d. l.* 7. Sed in hac satisdatione praetor obsecundat legatario, quem solum intendit tueri. In nostra *l. qui balneum* 9. legatarius pignus acceperat, vel in gratiam heredis de jure suo recedens, vel quia se magis tutum credidit. Profecto iniquum esset permittere, ut heres eludat legatarium, eumque fraudet dando pignus alteri; simulque fraudem faciat praetoris edicto. Largitas enim legatarii, ut sit ei damnosa, plane iniquum est *l. sed si quis* 7. *vers. et sit iniquum ff. testam. quemadm. aper.* Iniquum pariter est, fraudare edictum praetoris ejusque providentiam, qua sollicite consuluit lagatariis *l. fraus* 30. *ff. de leg. l. justissime* 44. *ff. de aedil. ed. l. si quis* 33. §. 1. *ff. ad l. Jul. de adult. l. si in fraudem* 9. *C. de legat. l. Imperator* 50. *ff. ad S. C. Trebell.* Cum igitur non debeat esse in potestate heredis, fraudare atque eludere legatarium, qui tempestive accepto pignore sibi consuluerat, *l. penult. in fine*, *vers. ne in potestate ff. ad Leg. Falcid.* praetor legatarium tuetur in pignore, quod prius acceperat, adversus eum, cui postea fuit obligatum. Eadem ratione praefert posteriori creditori legatarium, qui prius praetorium pignus obtinuit *l. is cui* 5. §. *qui prior. ff. ut in possess. legat.* Dubitari autem non potest, eum, qui rem a se legatario prius obligatam, alteri postea obligat, fraudem facere, et dolum committere: obstringitur enim crimine stellionatus *l. tutor* 16. §. 1. *l. si quis* 36. §. 1. *ff. de pignor. act.* quod crimen sine fraude ao dolo non committitur *l.* 3. §. 1. *ff. stellionat.* Ad rem nostram optimus textus in *l.* 1. *et l.* 4. *C. de crim. stellion.* Porro aequum non est, ipsum de sua improbitate et dolo praemium ferre, et lucrum sperare *l.* 1. *in princ. ff. de dolo malo l.* 1. §. 1. *ff. de doli mali except. l. ita demum* 31. *ff. de recept. arbitr. l. itaque* 12. §. 1. *l. eum qui* 14. §. *is autem ff. de furt. l. si ab hostibus* 10. *in fine ff. solut. matrim. c. intelleximus* 7. *de judic.*

Nec obstat, quod, ut diximus, haec 15
satisdatio, legati conditionem sequatur *l.* 1. §. *si quis sub conditione* 14. *ff. ut legat. nom cav.* ac propterea si non retrotrahitur legatum, nec pignus possit retrotrahi. Etenim non retrotrahitur obligatio pignoris, sed praetor tuetur eum, qui prius accepit pignus, eumque praefert posteriori. Pignoris causa tota pendet a jurisdictione praetoris, qui ex solo pacto dat actionem hypothecariam *l. contrahitur* 4. *ff. de pignor. l.* 1. *in princ. ff. de pign. act. juncto* §. *item Serviana* 7. *instit. tit. de action. et l. pignoris* 17. *ff. de pignor.* quod de jure civili neque obligationem neque actionem produceret *l. juris gentium* 7. §. *sed cum nulla l. si tibi* 17. §. 1. *ff. de pact.* Praetor igitur tuetur in pignore legatarium, qui prior pignus accepit, eumque praefert posteriori, cum existente conditione appareat pignus a legatario rite contractum fuisse, quia pignoris obligatio etiam futurae obligationi potest accedere, et principalem obligationem praecedere *l. res hypothecae* 5. *ff. de pignor. l. grege* §. *penult. ff. eod.* Quamobrem cum et rite contractum sit, et prius, pro priore, et anteriore a praetore habetur, nec ipsi praefert posterius pignus, quod circumscribendi prioris creditoris causa, qui jam sibi consulto caverat, postea contractum est. Nimirum praetor 16
in hoc secutus est, et imitatus jus civile, ut solet *l. scio* 14. *ff. de testib. l. cum sponsus* 12. §. *si res ff. de public. in rem act. l. factam* 63. §. *si sub conditione ff. ad S. C. Trebell.* Jus civile, si servus, aut filius contraxerit sub conditione, cum manumissus fuerit, aut emancipatus, idque dolo malo fecerit, statuit obligationem domino, patrive acquiri, perinde ac si pure contracta fuisset, cum erant in potestate, ne praebeat occasionem servis, ac filiis eludendi potestatem, cui subjecti sunt, et in fraudem dominorum ac parentum ita sem-

per, aut frequenter stipulari *l. ult. ff. de stip. servor.* Moderatur enim huic regulae de retrotrahenda conditione jus civile, prout ratio, et aequitas postulat. Non absimile et quidem elegantissimum exemplum proponit Africanus in *l. quidam* 46. *ff. de hered. inst.* Titius filiumfam. sub conditione emancipationis instituere volens, id ipsi communicavit. Filius veritus, ne forte pater offenderetur, Titium rogavit, ut Cajum amicum suum institueret, cumque juberet sibi emancipato hereditatem restituere. Titius Cajum instituit: sed de restituenda hereditate filio emancipato non rogavit: forte quia sciebat Cajum cum filio de hoc convenisse. Cajus mortuo testatore nolebat hereditatem adire, aut aditam emancipato restituere recusabat. Quaerit Africanus, an cogi possit, et qua actione, et an actionem habeat pater, an filius. Respondit, cogi posse actione mandati, cum de restituenda hereditate a filio rogatus fuisset, et ea actione ipsum filium agere posse, non patrem. Est hoc contra regulam traditam in *l. filiusfam.* 78. *ff. de V. O.* Mandatum contractum est a filio, dum erat in potestate patris, ergo existente conditione emancipationis patri debet acquiri obligatio, et actio mandati: ita sane dictat proposita regula: sed bona fides et aequitas non patitur, ut contra voluntatem defuncti pater ejus hereditatem consequatur. Idcirco cum filio detur actio ex aequitate, quae ipsi non competeret stricto jure, non directam, et vulgarem, sed utilem actionem habet: directa enim patri competeret, nisi repugnaret voluntas testatoris. Fallitur hic Accursius, qui ait non esse hic contractum. Satis ipsum confutant illa Africani verba: *cum a filiofam. rogaretur amicus, et aditurum se hereditatem recepisset, et restituturum.* An haec verba non continent mandatum, et quidem expressum? *l.* 1. *in princ. et in* §. *item si et toto tit. ff. mandati.* Nec est, quod nos turbet ac torqueat *l. si mandatum* 22. §. *fugitivus* 9. *ff. mand.* quam huic legi opponit Accursius: nam ibi servus manserat in potestate domini, et ideo domino quaesita est actio. §. *item vobis instit. tit. per quas person. cuique acq. l. acquiruntur.* 10. §. 1. *l. etiam invitis* 32. *ff. de acquir. rer. dom. l. quemadmodum* 46. *ff. de jur. dot.* Aliud exemplum proponit Africanus in fine ejusdem legis de filiofam. qui fidejussit, et post emancipationem solvit. Huic etiam datur utilis actio mandati ad repetendum, quod solvit: scilicet datur ex aequitate: directa enim stricto jure danda esset patri, in cujus potestate erat filius, quando contraxit, sed hic non spectatur tempus contractus, sed solutionis, quo coepit jus exercendae hujus actionis. Non absimile exemplum affert Papinianus in *l. si debitori* 47. *ff. de fidejus. Filiusfam. ita fidejussorem accepit: quantam pecuniam credidero, fide tua esse jubes?* et emancipatus credidit. Fidejussor non patri obligatus est, sed filio *humanitatis intuitu*, filioque datur actio utilis: quae ab Ulpiano dicitur actio *in factum* in *l. si vero* 12. §. *si filiofam.* 6. *ff. mandati.* Propius ad rem nostram accedit Pomponii responsum in *l. si a te* 10. *ff. ut legat nom.* Titius heres legatario conditionali satisdederat: mortuus est: antequam adiretur ejus hereditas, extitit conditio legati: fidejussor legatario tenetur, et conveniri potest, licet nondum quisquam sit heres, cui fidejussoria obligatio innitatur, et qui ex principali obligatione possit conveniri. Fidejussori pignus comparatur *l. si ex legati* 28. *in fin. ff. de pignor.* Propterea etiam pignus post existentem conditionem perinde habetur ac si prius fuisset obligatum, ne sit in potestate heredis fraudare legatarium, et edictum praetoris eludere supplantando legatarium ope Praetoris praesidioque munitum.

Hactenus de pignore. Sunt et alia ar- 17
gumenta, quibus confici videtur, etiam in legatis retrotrahi conditionem, quae confutare oportet. Occurrit primo respon-

sum Papiniani in *l. fundo legato* 4. *ff. ad Leg. Falcid. si heres, a quo mihi legatum est sub conditione, ea pendente me heredem instituat, ac postea legati conditio existat, fundus non jure hereditario, sed legati meus esse intelligitur.* Ergo existens conditio retrotrahitur; praevalet enim titulus legati, qui prior est, si spectetur tempus mortis primi testatoris, titulo hereditatis, qui postea supervenit.

Respondeo praevalere, et potiorem esse titulum legati titulo hereditatis, non quia prior sit, sed quia potentior est, cum legatum habiturus fuisset legatarius, etiamsi heres non fuisset institutus. Proinde non debet ei in Falcidiam imputari.

Etenim extra causam bonorum defuncti computantur, quae quia habiturus esset etiam alio herade existente, ut docet Paulus in *l. sequens quaestio* 68. *ff. de legat.* 2. Licet enim pendente legati conditione res sit in dominio heredis, tamen existente conditione, de dominio heredis eximitur, et fit legatarii *l. et post litem* 12. §. *ult. ff. famil. ercisc.* Omnia enim, quae ab herede facta sunt, evanescunt existente conditione legati *l. si fundum* 105. *ff. de cond. et dem. l. grege* §. 1. *ff. de pignor. l. Seja legato* 69. §. 1. *ff. de leg.* 1. *l. is cui* 11. §. 1. *ff. quemadm. servit. amit.* Ergo res sub conditione legata interim heredis est, existente autem conditione ad legatarium transit *l. arboribus* 12. *alias l. si fur.* 13. §. *ult. ff. de usufr.* nisi dicamus, interim in suspenso esse, an res sit hereditaria, quod innuere videtur in fine ejusdem legis Ulpianus: et facit ad rem *l. in ratione* 11. §. 1. *ff. ad Leg.*
18 *Falc.* Opponit Accursius *l. cui res* 29. *ff. de act. empti.* Ibi: *cui res sub conditione legata erat, is eam imprudens ab herede emit: actione ex empto poterit consequi emptor pretium, quia non ex causa legati rem habet.* Haec lex concivit turbas apud veteres interpretes. Res est expeditissima, atque illinc nulla turba. Qui rem sibi sub conditione legatam emit imprudens ab herede, aut rem emptam accepit, et pretium solvit, aut non accepit: Si rem accepit soluto pretio; utique eam habet ex causa emptionis, non ex causa legati, cujus conditio nondum extitit. Existente autem conditione, cum alienatio ab herede facta revocetur, et fiat irrita *l. servo legato* 69. §. 1. *ff. de leg.* 1. *l. ult.* §. *sin. autem sub conditione C. commun. de legat.* non habet amplius ex causa emptionis, quae jam est irrita, sed ex causa legati, ex qua ipso jure transfertur dominium *l. legatum* 120. *ff. de legat.* 2. *l. a Titio* 64. *ff. de furt. l.* 1. *in fin. ff. de public. in rem act.* Itaque cum nulla sit emptio, poterit emptor pretium, quod causa emptionis solverat, actione ex empto recuperare, et rem ex causa legati retinere *d. l. cui res.* Quod si rem non acceperit, potest agere ex testamento, eamque ex causa legati consequi, adeoque si heres venditor agat ad pretium actione ex vendito, absolvendus erit, quia rem non habet ex causa emptionis *l. hujusmodi* 84. §. *qui servum ff. de legat.* 1. Si vero pretium solverit, et rem non acceperit, actione ex testamento rem legatam consequetur: actione ex empto pretium solutum recuperabit *d.* §. *si servum versic. quod si pretio.* Rursus si agens actione ex empto cum pretium solverit, compererit, rem emptam sibi fuisse legatam; et ad eam consequendam agat ex testamento; non aliter heres absolvi debebit, quam si et pretium restituerit, et rem legatam actoris fecerit *d.* §. *vers. quod si judicio.* Licet enim ab initio actione ex empto rem petierit, tamen resoluta emptione propter legatum, actio ex empto ad pretium recuperandum dirigitur, et actio ex testamento ad rem legatam obtinendam. Potest tamen etiam ad pretium, quod ipsi abest, agere ex testamento, si rem fuerit ex causa emptionis consecutus *l. plane* 34. §. *quod si rem ff. de leg.* 1.

Secundo potest opponi *l. Neratius* 7. 19
ff. de manum. testam. Testator his ver-

bis servo libertatem dedit: *si mihi nullus filius erit, cum moriar, Stichus liber esto*: si posthumus nasci speretur, et non nascatur, Stichus retro liber fuisse videtur. Quidam hujus legis auctoritate perculsi existimarunt, in legato libertatis retrotrahi conditionem: atque id, ut est natura Doctorum, ut nunquam, ubi constiterunt, pedem figant, ad legatum pium produxerunt. Sed falsissimum est, in legato libertatis trahi retro conditionem. Hac in re deterioris conditionis est aliis legatis. Aliorum legatorum dies cedit a morte testatoris, nec diei cessioni moram facit aditio hereditatis *l. si post diem* 5. §. 1. *et l. heredis* 7. *in princ. ff. qu. d. leg. ced.* Dies legati libertatis non cedit, nisi ab adita hereditate: imo et dies legati servo cum libertate relicti *d. l. heredis in fin. cum leg. sequ. ff. qu. d. leg. ced.* §. *Si peculium, inst. tit. de legat.* In caeteris legatis spectatur tempus mortis, in hoc tempus aditae hereditatis, *d.* §. *si peculium, et l. denique* 8. §. *ult. ff. de pecul. legat.* quia non potest acquiri servo ante libertatem, et libertas ei non competit, nisi a die aditae hereditatis, *l. nam cum libertas* 8. *ff. quando d. leg. ced.* Quod autem ad legatum conditionale libertatis, satis constat pendente conditione statu liberum esse servum; *l. statu liberum* 9. *in princ. ff. de statu liber. l. et post litem* 12. *in fin. ff. fam. ercisc. l. statu liberum* 11. *in princ. ff. de legat.* 2. *l. edictum* §. *ult. ff. de quaest. l.* 1. §. *servi ff. de S. C. Syllan.* et a caeteris servis nihilo pene differunt tam quoad actiones tum ex delicto, tum ex negotio gesto contractuque provenientes, quam quoad publica judicia *l. statu liberi* 29. *in princ. ff. de statu lib.* et quod conditio non retrotrahatur certissimo argumento est, quod si statulibera pepererit, partus est heredis servus *l. statulibera* 16. *ff. eod.* et quod statuliberi peculium crescit, ac decrescit usque ad tempus libertatis, et ad ipsum accessio pertinet, ac decessio *l. si hereditas* 28. *in fin. ff. eod. l. pen.* §. 1. *ff. de pecul.* Nam si traheretur libertas retro ad tempus mortis, peculium ab illo tempore neque cresceret, neque decresceret, quia spectandum esset, quid foret in peculio tempore mortis *d. l. penult. in princ. l. denique* §. *fin. ff. de pecul. legato* §. *si peculium inst. tit. de legat.* Neque statuliberae filius servus esset, quia si retro fingatur extitisse conditio, ex libera natus erit *l. apud hostes* 9. *l. in bello* 12. §. *ult. cum leg. seq. l. postliminium* 19. §. *Si statuliber. vers. diversum ff. de capt. et postlim. rev.*

Hisce praemissis ad *d. l. Neratius* 7. respondetur, quod cum ex post facto apparuerit, mulierem non fuisse praegnantem; apparuit, etiam nullum filium fuisse testatori eo tempore, quo mortuus est, et ideo ab eo tempore Stichus liber fuit. Licet enim ignoraretur an mulier utero gereret; adeoque ignoraretur etiam, an extitisset conditio; tamen ex post facto apparet, ventrem vacuum fuisse, et retro extitisse conditionem, eaque existente Stichum retro liberum fuisse, quia per rerum naturam certum erat mulierem non esse praegnantem, quamvis id non appareret, et a nobis ignoraretur. *Quae enim per rerum naturam sunt certa, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint*: ut sit de conditionibus de praesenti, et de praeterito Justinianus in §. *conditiones* 6. *de V. O. l. si ita stipulatus fuero* 120. *ff. eod. l. cum ad praesens* 37. *ff. de reb. cred.* sicut igitur qui in utero est, quo ad ejus commodum et favorem pro jam nato habetur *l. qui in utero* 7. *ff. de stat. hom.* ita favore libertatis, qui non nascitur, nunquam in utero fuisse intelligitur; ut indicant verba illa in fine legis: *quod magis arbitror probandum.*

Concludamus igitur. Si ne favore qui- 20
dem legatae libertatis trahitur retro conditio, multo minus aliorum legatorum

favore. Imo nec manifesta aequitas id efficit, ut retro trahatur conditio adjecta legatis. Nam edictum Praetoris de collatione bonorum manifestam habet aequitatem, ut ait Ulpianus in *l.* 1. *in princ. ff. de collat. bon.* et tamen in ea non retrotrahitur conditio legati, sed tantummodo stipulationis *l.* 2. §. *id quoque* 3. *ff. eod.*

21 Superest, ut examinemus fundamenta contrariae decisionis. Primum autem statuit hoc: Rotam in diversitate opinionum, non tam moveri numero Doctorum, quam rationibus. Recte quidem, si id semper observaret. Rationes autem duas affert. Prima est, ne sit in potestate heredis eludere legatarios. Bella sane ratio, nisi huic jam olim obviam ivisset Praetor edicto suo, quo providentissime consuluit legatariorum securitati, ut paulo ante demonstratum est. Provisum etiam ab Antonino Imperatore, ut refert Ulpianus *in l.* 5. §. *Imperator et* §. *seq. ff. ut in possess. legat.* Provisum a Justiniano in *l.* 1. *C. com. de legat.* et in duabus LL. *seqq.* ubi multa singularia statuit favore legatorum dando legatariis tacitam hypothecam in omnibus bonis testatoris, et tres actiones, personalem, rei vindicationem, et hypothecariam, adeo ut nullus fere alius sit in jure novo creditor, cui magis fuerit a lege prospectum. Quamobrem leges calumniatur, qui hoc ait: in pote state heredis esse legatarios eludere, si conditio non retrotrahatur.

22 Altera ratio ducitur a Justiniani constitutione in *l.* 1. *C. comm. de legat.* ubi Imperator legatariis tres illas actiones concedit, ut omnibus modis voluntati testatoris satisfiat. Haec autem provisio testatoris impleri non potest, nisi per nativitatem hypothecae de tempore testamenti, ut inde oriatur actio. Hoc sane novum est et inauditum conditionem retrotrahi ad tempus testamenti, et eo tempore nasci obligationem, et actionem. Quod conditio trahatur retro ad tempus aditae hereditatis, vel mortis testatoris, et tum temporis nascatur obligatio; id quidem absonum est naturae legati legumque praeceptis: quod retrotrahatur ad tempus conditi testamenti, et inde nascatur obligatio, id vero est absurdissimum.

Sed verba legis expendamus. Si enim testator ideo legata vel fideicommissa reliquit, ut omnimodo personae ab eo honoratae ea percipiant, apparet ex ejus voluntate, etiam praefatas actiones contra res testatoris esse instituendas: ut omnibus modis voluntati ejus satisfiat. Quid haec ad retrotrahendam conditionem? verba, omnimodo, omnimodis, omnibus modis, idem cuncta significant. Testator vult *omnimodo* legata relicta percipi a legatariis. Justinianus vult *omnibus modis* satisfieri voluntati testatoris. Ergo Justinianus nihil amplius vult, quam ipse testator: et verba illa *omnibus modis* nihil addunt voluntati testatoris. Fortius, quia Imperator movetur ad concedendam hanc hypothecam, tum exemplo aliarum constitutionum, quibus inducta est tacita hypotheca in aliis causis; tum exemplo testatorum, quibus jure permittebatur, quibus voluissent in testamentis hypothecam dare. Ibi: *in versic. cum enim.* In legibus, quae cuiquam tribuunt tacitam hypothecam in aliis causis, nihil quicquam tale: concedunt illae tacitam hypothecam, aut simplicem, aut cum praelatione: praelatio autem nunquam data intelligitur, nisi fuerit in lege nominatim expressa.

Testatoribus a jure, quod jam increbuerat, permissum erat, hypothecam in testamento dare, sed quod possent contra leges, contra naturam legati mandare, ut conditio, quam adjecerant, retrotraheretur, nusquam sane concessum *l. nemo potest*, *ff. de leg.* 1. Imo raro occurrunt exempla pignoris in testamento constituti, nec constituti in omnibus bonis, sed tantum in uno, vel pluribus fundis, ex quibus alimenta legata perciperet legatarius, ut in *l. Lucius Titius* 22. *ff. de alim. legat.* in *l. fundus* 23

9. *ff. de ann. legat.* Itaque licet testatoribus haec facultas duorum Imperatorum rescriptis esset data *l. non est mirum* 26. *ff. de pign. act.* tamen ea facultate raro admodum utebantur, existimantes, satis cautum fuisse legatariis Praetoris edicto. Justinianus autem, cum testatores raro sibi suisque legatariis hac ratione caverent, concessit omnibus legatariis hypothecam in omnibus bonis hereditariis, ut omnimodo, vel omnibus modis ipsorum securitati provideret. Sed de retrotrahenda conditione ne quidem cogitavit. Hoc enim cum sit contra regulas juris, omnino ab eo fuerat exprimendum: et cum non fuerit expressum, veteribus regulis relictum intelligitur *l. praecipimus* 32. *in fine C. de appellat.* quod enim non mutatur, quare stare prohibetur? *l. Sancimus* 27. *in princ. C. de testam.* Maxime quia Imperator hanc constitutionem accurate exquisiteque scripsit, eamque conformem aliis legibus esse diligenter ostendit. Notandum est etiam, quod tres illas actiones conjungit, et de omnibus simul collectis idem disponit. Numquid ergo rei vindicatio retrotrahetur ad tempus testamenti: quo tempore certum est, quod rei legatae dominus est ipse testator. Erunt igitur ejusdem rei duo domini in solidum, quod est penitus absurdum *l. si ut certo* 5. §. *ult. ff. commod.* sed rem conficiunt ultima legis verba: *in tantum hypothecaria unumquemque conveniri volumus, in quantum personalis actio adversus eum competit:* sed personalis actio competit adversus heredem a die existentis conditionis *l. si post diem* 5. §. *sed si sub conditione* 2. *ff. quand. d. leg. ced.* ergo et hypothecaria.

24. Sed instat acriter *Fusar. de substit. quaest.* 612. *et consil.* 52. exaggerando vim illorum verborum, *omnibus modis*, quae omnem casum comprehendunt. Ad hoc supra responsum est. Nunc addo, verba, *omnimodo* vel *omnibus modis* non referri ad retrotrahendam conditionem, sed ad modos, quibus aut testator sibi cavere solebat, de qua supra dixerat, aut lex legatariis consulere. *Omnibus modis:* hoc est, sive testator ipse obligaverit bona sua legatariis; sive non obligaverit: ut innuit in verbis antecedentibus, et traditum est in *l. fundus* 9. *ff. de ann. legat.* ubi pignus praetorium concurrit cum pignore a testatore constituto. Hi duo casus sufficerent ad rectam eorum verborum interpretationem, ut constat ex *l. rem legatam* 18. *ff. de adim. legat. l. si mater* 33. §. *ult. ff. de vulg. l. plane* 38. *in fin. ff. de petit. hered l. si quis* 29 *ff. de fideic. libert. l. mancipia* 8. *ff. qui sine man. ad lib. l.* 3. §. 1. *vers. quia in locato ff. naut. caup. l. ex ea* 29. *in fin. qui testam. fac. pos.* Sed in hac lege plures alii casus possunt iis verbis comprehendi: sive heres satis dederit, sive non: sive missus fuerit in possessionem, sive non: sive legatum fuerit ab herede, sive a legatario. Enim vero si verba illa extendi ad omnem securitatem debent, consequens est, eos in hac actione creditoribus esse praeferendos, cum tamen ne chirographariis quidem praeferantur, vel in ipso militis testamento. *l.* 1. §. *denique ff. ad S. C. Trebell.* Justinianus in hac lege non distinguit legatarios conditionales a puris: omnibus idem jus tribuit simplicis hypothecae sine ulla praelatione, ut certius satisfiat voluntati testatoris. Testator minus dilexit legatarios conditionales, quam puros: neque enim eos voluit omnimodo, et absolute consequi legatum: id si voluisset, non adjecisset conditionem; nec in incertum contulisset: adjecta conditione voluit legatum moderari secundum naturam conditionis adjectae: hoc est, non deberi, si deficiat: deberi: si existat, sed a die existentis conditionis, ut fert ejus natura. Haec est voluntas testatoris, quam omnimodo voluit impleri Justinianus.

Sed urget iterum Fusarius: retrotrahitur conditio quoad vindicationem *l. fin.* §. *sin. autem sub conditione. C. com.*

de legat. Datur vindicatio, ergo et hypothecaria. Falsa omnia. Non retrotrahitur conditio: sed Imperator, cum permiserit alienationem propter incertum conditionis, statuit existente conditione, irritam esse alienationem ab initio, quasi nec scripta, nec penitus fuerit celebrata. Ipse fatetur *vers.* 7. non retrotrahi conditionem: sed irritari venditionem; irritata autem venditione per eventum conditionis, tunc nascitur vindicatio, et hypothecaria, non autem a die mortis; nam si legatarius fuisset dominus rei tempore mortis, et ab eo tempore habuisset rei vindicationem, non comprobasset venditionem rei legatae Imperator, sicut paulo ante improbaverat venditionem rei pure vel in diem certum legatae, ea ratione, quia quod alienum est, non licet alieno juri applicare: et quod in bonis pure non possidet, in alium transferre.

CAPUT X.

Ad L. 3. *ff. de reb. credit.*

SUMMARIUM.

I. Duae in mutuo quaestiones praecipuae.
II. Pecunia nonnumquam ut corpus, plerumque ut quantitas consideratur et n. III.
III. Corpora a pecunia numerata distinguuntur, imo saepenumero opponuntur.
IV. Pecunia in mutuo consideratur, ut quantitas et aestimatio et n. VI. et XI.
V. Mutuum pecuniae in quo differat a mutuo specierum.
VII. Alia moneta pro alia reddi potest, nisi damnum passurus sit creditor et num. XVII. per tot.
VIII. Liberatur debitor solvens aestimationem ejus, quod debet.
IX. Ideo debitor pecuniae in genere, ut mutuatarius, liberatur solvendo aestimationem.
X. Pondere auri vel argenti legato, non materia, sed aestimatio legata est. Contra si certa species designata sit.
XI. Numeratio non designat, quae monetae species in obligatione deducatur. Exempla afferuntur et n. XII. XIII. XIV.
XII. Tributa in aere vel argento indicta poterant solvi in pecunia ejusdem aestimationis, et n. XIII.
XIV. Exponitur l. quae extrinsecus 65. §. 1. ff de verb. obl. et n. XV. XVI.
XVII. Creditor in aliam formam nummos accipere cogitur, si nullum ex ea re damnum sentiat.
XVIII. Quod sub conditione affirmatur, sub contraria negatur. Demonstratur vis argumenti a contrario.
XIX. Refellitur Larrea dec. Granat. 21. et n. XXI. XXIII.
XX. Reprobatur Amoeya in tit. c. de collat. ep. lib. 10.
XXI. Explicatur L. 2. C. de cond. insert. et num. XXII. XXIII.
XXIV. Explicatur regula: *aliud pro alio solvi non potest.*
XXV. Item regula, quod in mutuo restituenda est res ejusdem generis, ac bonitatis.
XXVI. Pecunia in mutuo non consideratur ut corpus.
XXVII. Quod moneta proba reddenda sit in mutuo, non efficit, ut alia reddi non possit.

In mutuo aeque bonum reddi debet,
sive id a contrahentibus exprimatur, si-
ve non exprimatur, *l.* 3. *ff. de reb.* 1
cred. et tantumdem *l. prout quidque*
80. *ff. de solution.* Hinc duae existunt
perobscurae quaestiones: ambae circa pecuniam numeratam. Prima est, an in alia moneta reddi possit, quod acceptum est, dummodo sit ejusdem aestimationis, et tantumdem valeat. Altera est, an debeat reddi tantumdem corporis, an vero tantumdem aestimationis, si creverit, aut decreverit valor monetae. In prima disceptatur, an pro aureis, quos mutuos accepi, reddere possim denarios, an contra pro denariis aureos. In secunda, an acceptis centum aureis, totidem reddere debeam, etiam si creverit eorum aestimatio.

Antequam in disceptationem ingrediamur, operae pretium est praemittere id, quod lumen praepandit utriusque quaestionis explicationi. Est autem id, quod
pecunia numerata duobus modis in jure
nostro consideratur. Aliquando, et hoc 2
quidem raro, consideratur ut corpus, ut
materia, non aliter ac reliqua corpora. Plerumque vero, imo fere semper consideratur ut quantitas, et ratione aestimationis, non autem corporis in obligationem deducitur. Hujusmodi differentia in *l. si is cui* 94. §. 1. *ff. de solut.* Ibi: *sive in pecunia non corpora cogitet, sed quantitatem.* Ratione corporis in obligationem nummi deducuntur in deposito, cum ex ipsa depositi natura as-

servandi sint, et custodiendi, eademque corpora a depositario restituenda *l.* 1. §. *is quoque D. de oblig. et act.* adeoque si deponatur tamquam quantitas, ut tantumdem, non idem corpus restituatur, egreditur ea res depositi notissimos terminos, ut ait Paulus in *l. Lucius* 24. *ff. depositi.* Secundo si pecunia numerata certo loco circumscripta, aut conclusa veniat in obligationem, ut si legaverit aliquis *centum quae in arca habeo*: *l. plane* 34. §. *Sed hoc ita* 4. *ff. de leg.* 1. vel stipuletur *hanc summam centum aureorum. l. si ita stipulatus* 120. *ff. de V. O.* Tertio si pompae vel ostentationis causa vel tamquam merces aliqua deducatur in obligationem; ut de commodato pecuniae respondit Ulpianus in *l.* 3. *in fin. et* Cajus *in l.* 4. *D. commod. et* de usufructu veterum numismatum Pomponius in *l. numismatum* 28. *de usufr.* His casibus nec tantumdem reddi potest; nec alia species monetae: Sed illud ipsum pecuniae corpus quod accepimus, restituere tenemur.

3 Coeterum in omnibus aliis obligationibus pecunia numerata fingitur vice aestimationis, ac pretii: nec in ea consideratur corpus, sed valor, et publica aestimatio. Idcirco in jure nostro distinguuntur corpora a pecunia numerata: imo saepenumero inter se opponuntur *l. plane* 34. §. *Sed si non corpus D. de legat.* 1. *l. quisquis* 95. *D. de leg.* 3. *l. si is cui* 94. §. 1. *D. de solut. l. sed etsi* 10. *D. de acceptil. l. si poenae* 19. §. *si falso l. qui heredis* 46. *D. de condict. indeb.* Quemadmodum in tessera frumentaria non corpus ligni, vel plumbi, quo constat, spectamus: sed quatitatem frumenti, quod per eam exigi potest *l. Titia* 87. *D. de leg.* 2. Item in chirographo nulla ratio habetur tabulae vel chartae, in qua perscriptum est nomen debitoris, sed ipsius nominis, et obligationis, et actionis, quae ex eo nascitur *l. qui chirographum* 59. *ff. de leg.* 3. *l. servum* 44. §. *eum qui ff. de leg.* 1. *l.* 3. §. 1. *D. de liberat. leg. l. mortis causa* 18. §. *Titio D. de mort. caus. donat. l.* 2. §. 1. *D. de pact.* Eleganter ad rem nostram Paulus in *l.* 1. *in princ. ff. de contrah. empt. Electa materia est, cujus publica, ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret: eoque materia forma publica percussa, usum dominiumque non tam ex substantia praebet, quam ex quantitate: nec ultra merx utrumque, sed alterum pretium vocatur.* Scite, Aristot. *lib.* 5. *de morib. cap.* 8. ϰ' διὰ τοῦτο τοὔνομα ἔχει νόμισμα, ὅτι οὐ φύσει, ἀλλὰ νόμῳ ἐστι, ϰ' ἐφ' ἡμῖν μεταβαλεῖν ϰ' ποιῆσαι ἄχρηστον. *Atque ob id nomisma graece dicitur, quod non natura, sed lege valet, et in nostra potestate ipsum tum mutare, tum inutile reddere*, Νομ⊖ enim graece *lex.* Inde dictum *numum* nonnulli arbitrantur: Sed Varro *lib.* 4. *de ling. lat.* noa docet a Siculo verbo νόμμον latinos ita appellasse. Quid si Siculi nummum a numismate dixerint? Subdit Aristoteles, quod numisma redigit ad aequalitem res omnes, atque omnes metitur, omnes etiam dispares, ac dissimiles aexequat: et id ipsum quod Paulus inculcat, nummos aequalitate difficultatibus permutationum subvenire, in quibus vix justitia servari potest, nisi pecuniae aestimatione ad aequalitatem redigantur.

In mutuo igitur sicut in aliis fere 4
omnibus contractibus pecunia intervenit non tamquam corpus, sed tamquam quantitas ratione valoris et aestimationis. Argumentum est, quod non illa ipsa pecunia, quae data est, reddi debet, quemadmodum solvi deberet, si tamquam corpus in obligationem deducta fuisset *l. sed si certos* 51 *ff. de legat.* 1. Item quod perit periculo debitoris §. 2, *instit. tit. quib. mod. re contr. oblig. l.* 1. §. *et ille ff. de obl. et act.* periret autem periculo creditoris, si tamquam corpus veniret in obligationem *l. si certos* 37. *ff. de V. O.* At inquies: etiam aliae res, frumentum, vinum, oleum deducuntur in mutuum ratione quantitatis,

non corporis: cum mutuum consistat solummodo in his rebus, quae numero, pondere, mensurave constant, hoc est, in quantitate: hae enim solae functionem recipiunt, non vero corpora *l.* 2. §. 1. *ff. de reb. cred. l.* 1. §. *re* 2. *ff. de obl.*
5 *et act.* Ita sane. Verum hoc interest inter pecuniam numeratam, aliasque res, quae functionem in genere suo recipiunt, frumentum, vinum: oleum, quod hae in mutuum deducuntur ratione quantitatis, non vero ratione aestimationis: quod enim plus, minusve valeant, nihil ad mutuum: solummodo numerus, pondus, mensura consideratur, spectaturque, quis numerus modiorum, amphorarum, metretarum, quod pondus laridi, carnis, et aliarum ejusmodi rerum, quae mutuae dantur. Contra pecunia nummique ratione non solum quantitatis, sed maxime aestimationis in mutuum deducuntur. Quantitas enim in pecunia est ipsamet aestimatio. Hac enim de causa fuit inventa, ut res omnes per eam aestimarentur, et ad aequalitatem reducerentur, ut probavimus Pauli nostri, et Aristotelis auctoritate. Pecuniae constans est, et certa semper aestimatio, utpote quae a lege definitur. Aliarum rerum incerta est et semper varia, utpote quae pro caritate, aut vilitate annonae modo pluris, modo minoris aestimantur. AEstimantur autem non invicem, sed solummodo pecunia. Neque enim frumentum vino, aut vinum oleo aestimatur: nec aestimari potest, nisi utriusque pretium ad certam pecuniae summam reducatur, atque ita ad aequalitatem redigatur. Quocirca pecunia est rerum aestimatio, et quidem certa et immutabilis, neque arbitrio, aut affectione contrahentium augeri, minuique potest: ac nulla res prae-
6 ter ipsam est alterius aestimatio. Consequens igitur est, solam pecuniam numeratam ratione suae aestimationis mutuam dari. Atque hoc indicat Paulus in laudata *l.* 1. cum ait ipsam usum, dominiumque non tam ex substantia praebere, quam ex quantitate: eamque non tamquam mercem in contractum deduci sed tamquam pretium.

Jactis hisce fundamentis, quae nullius 7
auctoritate convelli possunt, utriusque quaestionis controversia mihi videtur esse sublata: Quantum ad primam attinet, certissimum puto, aliam pro alia monetam, nummos aereos pro argenteis, argenteos pro aureis, et vicissim unos pro alteris reddi posse, nisi ex ea re damnum passurus sit creditor. Ut puta si aliquod fuerit intertrimentum pecuniae, veluti collybus, vel si eam alio transportare destinaverit, ubi minoris aestimatur: vel sine incommodo, aut dispendio nequeat, eo transferri, *l.* 4. §. *melior ult. ff. de addict. in diem.* Quomodocumque damnum patiatur, non tenetur creditor in aliam formam nummos accipere *l. debitorem* 99. *ff. de solut.* Hoc tamen damnum aestimari debet ex detrimento rei familiaris, non ex affectione creditoris, ut fieri solet in jure nostro *l.* 3. *ff. de damn. infect. l. pretia rerum* 63. *in princ.*
ff. ad l. Falcid. 8

His probatis, et animadversis, consequens est, liberari debitorem, qui in aliam formam nummos reddit creditori. Nam ex probatis, qui debitor est pecuniae numeratae, et solvit eamdem aestimationem in pecunia numerata, solvit id quod debet, cum non sit debitor corporis, sed aestimationis nummorum. Atqui debitor, qui solvit id, quod debet; liberatur ab obligatione *princ. tit. instit. quib. mod. toll. oblig. l. si pupillus* 21. *ff. ad leg. Falcid. l. in numerat.* 44. *ff. de solut.*

Quod autem debitor, solvendo eamdem aestimationem, solvat id, quod debet, praeter ea, quae paulo ante sunt demonstrata, probatur etiam ex *l. Titiae amicae* 35. *ff. de aur. et arg. leg.* Ibi: *Paulus respondit, aut aurum ei, de quo quaeritur, praestari oportere, aut pretium auri, quanti comparari potest. l.* 1. *in fin. ff. de aur. et arg. leg. cui certum pondus argenti dare heres jussus*

sit, *pecuniam numeratam dando ipso jure liberatur*, *si in ea pecunia eadem aestimatio sit.* et in *l. cum aurum* 19. §. 1. *ff. eod.* Ibi: *non materiam, sed pretium praestare debet*, et in *l. si quis argentum* 35. *in princ. C. de donat.* Ibi: *sive in ipsa aestimatione, quae pro massa rudi in illis locis frequentata est.* In his omnibus observandum est, quod non solum pro auro, et argento praestatur pretium et aestimatio, eaque praestita debitor ipso jure liberatur, sed etiam quod non praescribitur debitori, ut pro auro legato praestet pecuniam auream, pro argento argenteam: cum enim liberetur praestando aestimationem et pretium, in quacumque specie pecuniae id solvere potest, dum aestimatio pecuniae, quam solvit, eadem sit, quae auri, et argenti. *d. l.* 1. *in fin.* Ex quibus ita concludi potest. Si ille, qui debitor est massae rudis argenti vel auri, solvendo ejus aestimationem in quacumque pecunia, solvit id quod debet, et ipso jure liberatur, multo magis liberabitur ille, qui pecuniam debet, eamque in genere, ut mutuatarius. *l.* 2. §. 1. *ff. de reb. cred.* Qui debet aurum vel argentum rude non signatum, potest solvere argentum signatum vel aurum, ergo multo magis, qui debet aurum, vel argentum signatum. Accedit, quod legato auro vel argento, quidquid auri argentique relictum sit, legato continetur, sive factum, sive infectum, non autem pecunia signata. *l. cum aurum* 19. *in princ. ff. de aur. et arg. legat.* Ergo pecunia signata, pro auro, et argento facto infectove non habetur: et tamen pro eo recte solvitur. Multo magis igitur pecunia signata, pro pecunia signata recte solvetur.

Neque reponas, quod pro auro vel argento pecunia recte solvitur, si non sit ejus species designata. *l. cum certum* 9. *ff. eod.* in mutuo autem semper species designatur facto ipso, si non verbis: nam ex ipsa numeratione pecuniae, quae in mutuo interveniat necesse est, constat, quae species pecuniae in obligationem deducta sit. Etenim ipsa legis verba nobis suggerunt, quod re geramus: ibi: *non materia*, *sed pretium:* Cum 10
certum auri, vel argenti pondus legatur, non materia, sed pretium et aestimatio legari videtur *d. l.* 8. *l.* 1. *in fin. ff. eod.* Contra cum certa species designatur, materia non pretium legatum est. *d. l.* 1. *et l.* 9. Cum enim legatur certa species auri vel argenti, corpus ipsum auri argentique, quod designatum est, legato continetur. Quoties autem in obligationem deducitur certum aliquod corpus, illud ipsum praestari debet, etiam si fuerit pecunia numerata, ut ante demonstratum est. Fac legatum fuisse argentum factum, ut in *l. cum certum* 19. alias *l.* 20. §. *argento facto*, vel vasa argentea, ut in §. *sed cui vasa:* vel argentum escarium, ut in §. *si cui escarium*, vel argentum potorium, ut in *l. in argento* 21. *in princ. ff. eod.* vel argentum viatorium, vel balneare, ut in *l. ult. in princ.* et in §. 1. *ff. eod.* Cum legato contineatur solummodo ea species argenti, quod testator habebat, cum testamentum faciebat *l. cum certum* 19. *in princ.* et *l. ult. in princ. ff. eod.* utique legatum videtur certum illud corpus argenti, quod testator designavit, quemadmodum cum legat pecuniam, quam in arca habet *l. si servus* 108. §. *qui quinque* 10. *l. Sed si certos* 51. *l. plane* 34. §. *sed hoc ita* 4. *ff. de leg.* 1. et ideo inutile est legatum, si desit certum illud corpus, quod testator designavit *l.* 1. §. *sed etsi dotem ff. de dote praeleg.* In mutuo 11
autem pecunia numerata non ratione corporis, sed quantitatis intervenit, ut supra probatum est: neque numeratio designat, aut demonstrat certum corpus, ac speciem, ita ut ad eam ipsam restituendam mutuatarius obligetur: imo contra ex natura mutui non potest obligari ad restituendum id ipsum, quod accepit: non enim mutuum contraheret, sed depositum vel commodatum *l.* 2. *in princ. D. de reb. cred.*

12 Progrediamur ultra: Controversiam dirimit Seneca, *lib.* 6. *de benefic. cap* 5. *Nam et pecuniam dicimur reddidisse, quamvis numeravimus pro argenteis aureos.* Nihil clarius, atque id legibus nostris est consentaneum. Plin. *lib.* 33. *cap.* 3. *sed praeter alia equidem miror populum Romanum victis gentibus in tributo semper argentum imperasse, non aurum. Excipe Cyprum et paucas alias quibus tributum in aere imperatum.* Licet autem in aere, vel argento indiceretur, tamen pro aere, vel argento aureos ejusdem aestimationis solvere poterant. *l. un. C. de collat. ar. l. un. C. de argent. pretio* quae non ideo latae sunt ab Imperatoribus, ut provincialibus permitterent, quod ipsis antea id minime liceret: sed ut statuerent, quanta auri summa pro aere, vel argento indicto solvenda esset: ut constat tum ex utraque rubrica *de collatione aeris*, et *de argenti pretio*; tum ex utraque lege, si accurate perpendantur. Nam et antea in aliam formam solutio fieri poterat: ideoque Neronis acerbitas objurgatur, quod nummum asperum, argentum pustulatum, aurum obryzum exegerit, ut in ejus vita refert Sveton. *cap.* 44. non tamen ait, quod pro nummis aureis argenteos, aut pro argenteis aureos accipere recusaverit; sed monetam recentem, non usu detritam, aut commixtam aliis metallis solvi voluit: nihilominus tamen plerique omnem collationem palam recusarunt. Liv. *lib.* 38.
13 *in edit. Paris.* 1682. *De pecuniae summa quam penderent, pensionibusque ejus, nihil ex eo, quod cum Cos. convenerat, mutatum. Pro argento si aurum dare mallent, darent, convenit: dum pro argenteis decem, aureus unus valeret.* Non erat hic aureus Romanus, qui pro viginti quinque denariis valebat: sed aureus AEtolorum seu Atticorum. Hujusmodi igitur solutio commoda erat AEtolis, qui propriam suae regionis monetam solvebant: incommoda Romanis, qui alienam accipiebant: ac propterea id pacto cavere oportuit. Stipendia quoque militaria licet in argento, aurove constituerentur, tamen in aere solvebantur, ut probat doctissimus Gronovius *de pecun. vet. lib.* 3. *cap.* 2. *in fine.*

Senecae dictum confirmat Florentinus 14
in l. quae extrinsecus. 65. §. 1. *ff. de V. O.* Verba Florentini sunt: *sed etsi in rei, quae promittitur, aut personae appellatione varietur, non obesse placet: nam stipulanti denarios, ejusdem quantitatis aureos spondendo obligaberis: et servo stipulanti Lucio domino suo, si Titio, qui idem sit, daturum te spondeas, obligaberis.* Multa in hac lege sunt observanda. Primum, quod qui pro denariis promittit aureos, non rem ipsam variat, sed solum rei appellationem, quemadmodum si de persona Lucii Titii tractantes, alter Lucium nominet, alter Titium, non variatur persona, sed appellatio. Ergo et qui solvit aureos pro denariis, non aliud solvit, sed id ipsum quod debet; nulla enim varietas est in ipsa re, aut differentia: quemadmodum recte solveret, qui non esset debitor Lucii, solveret Titio, qui idem sit ac Lucius: licet alteri, quam creditori non recte solvatur. *l. si duo rei* 128. *ff. de V. O. l. si vero.* 8. *cum seq. ff. de constit. pecun.* est enim eadem persona licet nomen sit variatum: non aliter ac si interroganti latine, tu graece respondeas. §. 1. *instit. tit. de V. O.* verbis enim discrepans est sententia, congruens responsio. 15

Secundo, quod licet Florentinus agat de stipulatione, tamen ratio, qua movetur, generalis est, et mutuo aeque convenit, ac propterea id etiam de mutuo dictum existimare debemus *l. illud quaesitum.* 32. *ff. ad l. Aquil.* Hac enim in re simillimum est mutuum stipulationi contrahendae: ut contrahatur stipulatio, debet promissor respondere se daturum, facturumve id, quod est interrogatus. *l. stipulationum.* 5. §. *stipulatio. ff. de V. O.* ut mutuum recte contrahatur, debet mutuatarius obligari

ad restituendum id, quod accepit. *l.* 2. *princ. et in* §. 1. *in fin. ff de reb. cred.* Si congruit interrogationi responsio, cum interrogatus de denariis spondet aureos, utique congruit etiam traditioni restitutio, cum ei, qui denarios tradidit, aurei restituuntur. Imo multo restrictius a lege praefinitur convenientia interrogationis, et responsionis in contrahenda stipulatione, quam traditionis, ac restitutionis in mutuo; quoniam si responsio adjiciat aliquid vel detrahat interrogationi, nulla contrahitur obligatio. *l.* 1. §. *si quis simpliciter cum seq. ff. de V. O.* §. *praeterea instit. tit. de inut. stipul. l. inter* 83. §. *si stipulante* 2. *ff. de V. O.* contra in mutuo ejus restitutioni locus adjici potest. *l. aut mutua* 6. *ff. de eo quod cert. loc.* dies, *l. vinum.* 22. *vers. si dictum esset*, *et l. certi condictio* 9. *ff. de reb. cred.* qui etiam non adjectus tacite inest. *l.* 2. §. *re contrahitur:* Ibi, *postea recepturi. ff. de obl. et act.* et alia hujus generis. Rursus si quis stipuletur aliquam speciem, non potest promissor de alia respondere, et aliam diversam promittere: multo minus stipulanti vinum vetus poterit promittere vinum novum; neque enim responsio contineret id ipsum, quod interrogatio *d. l.* 5. §. *stipulatio ff. de V. O.* Contra in mutuo non sumus recepturi eandem speciem, quam dedimus. *l.* 2. *in princ. ff. de reb. cred.* nec aliud pro alio solvere videtur, qui aliam speciem solvit. *d. l.* 2. §. 1. et quod possit mutuatarius pacisci, se redditurum vinum novum, licet vetus acceperit: et qui accepit triticum Africanum, possit ex conventione Gallicum reddere, non est dubitandum: quia licet mutuatarius si nihil cautum fuerit, id egisse intelligatur, se redditurum aeque bonum. *l. cum quid* 3 *ff. de reb. cred.* tamen si contrarium cautum fuerit, id servandum erit: neque enim confugere debemus ad praesumptam ac tacitam voluntatem, cum habemus expressam *l. ille, aut ille* 25. §. 1. *ff. de leg.* 3. Quinimo mutuum valere puto, si ea lege vinum detur, ut acetum reddatur, scilicet vinum, quod acuit, non autem embamma; quia eadem prope substantia est. *l. in venditionibus.* 9. §. *ult. ff. de contrah. empt.* Largius igitur aestimamus conjugationem et congruentiam restitutionis in mutuo, quam responsionis in stipulatione.

Tertio, quod quamvis JC. proponat 16 exemplum ejus, qui promittit aureos pro denariis; tamen idem dicendum, si quis stipulanti aureos, promittat ejusdem quantitatis denarios: eadem enim est omnino ratio; quia et hic appellatio, non res variatur. Ideo autem stipulantem denarios proponit, quia in contrahendo, et rationibus conficiendis Romani pecuniae summam aut nummis sestertiis, aut denariis exprimere solebant, ut in *l. Publia* 26. §. 1. *ff. depos.* in *l. lecta* 40. *ff. de reb. cred.* in *l. ult. ff. de instit. act. l. planc.* 21. *ff. de condict. Indeb.* Quod et in tributo indicendo usurpasse Romanos miratur Plinius, ut paulo ante indicavimus. In poenis infligendis aureos imperitare solebant, ut in *l. penult. ff. de in jus voc.* in *l.* 2. *D. in jus voc. ut eant* in *l. lege* 15. *D. de S. C. Syllan* in *l. un. C. ad leg. Jul. de ambitu.* Ita et Hadrianus Imperator servos jussit aureos viginti domino solvere, si vellent retinere libertatem, quam ex falsis codicillis acceperant, vel ex testamento, quod inofficiosum postea pronuntiatur *l. pen. in fin. ff. de jur. patron. l.* 2. *C. de fideicomm. libert. l. cum ex falsis.* 47. *ff. de manum. testam. l. si autem* 9. *ff. de inoff. testam.* secus autem responsum est in *l. si mulier ff. de minor.* quia ibi libertatem acceperant ex testamento valido:

His observatis, hujus legis auctorita- 17 te reor omnem dirimi controversiam. Sed praesto est Paulus, qui rem minime dubiam facit apertissimam in *l. creditorem* 99. *D. de solution.* alias l. *debitorem.* *Creditorem*, inquit Paulus, *non esse cogendum in aliam formam nummos ac-*

cipere, si ex ea re damnum aliquod passurus sit. Ergo si nullum damnum passurus sit, cogendus est in aliam formam nummos accipere: atque hoc est,
18 quod defendimus. Est hoc fortissimum argumentum teste Papiniano, cujus auctoritatem minutis quibusdam Doctoribus, eorumque cavillationibus longe antepono. Ait hic in *l. 1. in princ. vers. hujus rei ff. de offic. ejus cui mand. est jurisd. Hujus rei fortissimum argumentum, quod lege Julia de vi nominatim cavetur, ut is, cui obtigerit exercitio, possit eam si proficiscatur, mandare: non aliter itaque mandare poterit, quam si abesse coeperit.* Hoc fortissimo argumento Jurisconsultorum Princeps Papinianus, hoc eodem et nos nitimur. Argumentum ratio ipsa confirmat. Qui affirmat aliquid sub conditione, idipsum tacite negat deficiente conditione. Qui legat, aut promittit aliquid: *si navis ex Asia venerit*: nihil omnino legat, nihil promittit, navi ex Asia non veniente. In verbis ipsis tacite inest contraria conditio ex perspicua voluntate proferentis. Labeo et Javolenus in *l. quibus diebus* 40. §. *quidam ff. de cond. et demonst.* Ibi: *quia nihil intersit, utrum ita scribatur: quas pecunias cuique legavi, eas heres meus, si mater mea moritur, dato: an ita; nisi mater mea moritur, ne dato. Utrobique enim sub conditione vel datum, vel ademptum esse legatum.* Labeo et Javolenus in hac lege reprobant contrariam Ofilii sententiam. Quidni et ego reprobem sententiam eorum, qui acutis quibusdam cavillationibus vim hujus argumenti conantur eludere? In eadem sententia fuit Scaevola in *l. aliquando.* 107. *vers. ex diverso ff. eod.* Ibi: *quod sub conditione ademptum est, sub contraria conditione datum intelligitur.* Idem traditum a Juliano in *l. si legatum* 10. *ff. de adim. leg.* Ibi: *nam legatum cum sum conditione adimitur, perinde est ac si sub contraria conditione datum esset.* Idem in *l. si quis ita* 13. *in fin. ff. de statuliber.* Ibi: *namque ademptio libertatis vel legati sub conditione facta, incipit contrariam conditionem legato, vel libertati, quae prius data erat, injecisse.* Gajus in *l. si post mortem* 68. §. *si pure ff. de leg. 1. si pure legatus servus sub conditione liber esse jussus fuerit, sub contraria conditione valet legatum.* Multo longius progreditur Javolenus in *l. pecuniam* 36. *ff. de reb. cred. si pecuniam, quam mihi pure debes, mea voluntate alteri sub conditione promiseris, in eo statu est obligatio, tamquam si eam mihi sub contraria conditione spoponderis.* In his legibus duo animadverto. Primum, quod haec regula sine exceptione servatur ab omnibus veteribus JC. ad interpretationem legum, contractuum, ultimarum voluntatum, ac ne favore quidem libertatis ab ea recedunt. Secundo, quod haec contraria conditio non est innixa conjecturis, neque argumentis inducitur, sed ex ipsa scriptura. quae hanc vim habet, et ex verbis testatoris, aut cujusvis alterius, qui eam suae dispositioni injecit, ut ait Julianus in laudata *l. si quis ita* 13. *ff. de statuliber.*, *et hac conditione dedit, aut ademit perinde ac si nominatim eam adjecisset d. l. quibus diebus* 40. et *d. l. si legatum* 10. Quocirca hic non opus est, confugere ad argumentum a contrario sensu, ut plerique omnes faciunt. Quoniam ea est natura, ea vis conditionis, ut excludat omnes alios casus praeter eum, qui ponitur in conditione, eaque deficiente nihil actum, aut dictum esse videatur. Nam conditio in casum differt, ac suspendit obligationem §. *sub conditione inst. til. de V. O.* eoque casu non existente perimitur obligatio, et perit actus. §. *conditiones instit. eod l. conditio* 100. *ff. de V. O. l.* 3. §. *si tamen*, 13. *ff. de bon. libert.*

Superiora argumenta multo fusius exposui, ac dilatavi, quam status controversiae postularet, quia docti quidam viri legum verba cavillantur, ut se ab his laqueis expediant. Joan. Baptista Larrea,

vir apprime doctus, *Decis. Granat. disp.* 21. *n.* 11. auctoritate Pauli in laudata *l. creditorem* 99. *ff. de solut.* probat contrariam sententiam, et affert ipsa legis verba: *non esse compellendum creditorem, in aliam formam pecuniam accipere*: praetermittit autem verba subsequentia: *Si ex ea re damnum aliquid passurus sit.* An non hoc est cavillari? sane hanc cavillationem diceret Ulpianus secundum *l. natura* 177. *ff. de V. S.* Ad hunc modum posset Davidis auctoritate probari non esse Deum. Ait ille: *dixit insipiens in corde suo: non est Deus.* Expunge prima illa verba, *dixit insipiens in corde suo*, superest: *non est Deus.* Ergone David docuit, non esse Deum? Apage ista. Horret animus. Sed nolim hoc vitio vertere tam docto viro: fuderit haec incuria typographi. Nec allata legis verba sunt descripta fideliter: sit et hic error typographi, non repugno. Attamen idem Auctor ineptam ac prope falsam decisionem affingit Paulo, supponens convenisse, ut eadem species monetae redderetur. Quorsum requireret damnum in creditore Paulus, si ex sua conventione debitor teneretur ad solvendum nummos ejusdem formae? Addit, quod argumentum a contrario sensu locum non habet, quando illud, ex quo desumitur, augmentative ducitur, ut probant DD. per text. *in l. conventicula C. de cond. insert.* Haec lex nusquam exstat in *tit. C. de condit. insertis.* Sed in tit. *de Episc. et Cleric.* eaque nihil ad rem nostram pertinet. Conventicula illicita etiam extra Ecclesiam in privatis aedibus celebrari prohibemus. Qui prohibet etiam extra Ecclesiam in privatis aedibus, multo magis prohibet in ipsa Ecclesia. Quocirca qui ita argumentum duceret: ergo in Ecclesia id permittit, contra legem argumentaretur, non a contrario sensu. In §. *novissime inst. tit. de S. C. Orphit.* ait Justinianus: *Novissime sciendum est, etiam illos liberos, qui vulgo quaesiti sunt, ad matris hereditatem ex hoc S. C. admitti.* Satisne sanus est, aut sobrius, si quis ex hoc deducat, liberos legitimos non esse admittendos? Sed haec, amabo te, quid ad rem? quid ad
nostram legem? Non multo felicius hunc 20
nodum expedit Amaya, Larreae assecla, ad *tit. C. de collat. aer. lib.* 10. *n.* 30. Ait enim argumentum a contrario sensu non valere, nisi fiat cum omnibus suis qualitatibus. Quamobrem hoc ad legem nostram attineat, me fateor non intelligere. Subdit cum glossa, creditorem semper in damno esse, eo ipso, quod recusat accipere pecuniam in aliam formam per *text. in* §. *praeterea* 32 *inst. tit. de action.* et in *l. eum* 16. *C. de solut.* quibus nihil a nostra controversia alienius. Glossa autem reprobatur a Bartolo, et doctis omnibus: quin imo ipsa recedit ab ea opinione, quam verbis legis intelligit adversari, et congruentem verbis et sententiae legis amplectitur. Dii boni, quid est, si hoc non est cavillari, et leges misere distorquere?

Antequam ultra progrediar, leviter 21
in transitu attingam expositionem *l.* 2. *C. de cond. insert.* quam fortasse voluit allegare Larrea. Opponunt hanc ad unum omnes fere veteres interpretes, ad subvertendum argumentum a contrario sensu. Pater a filia herede instituta legatum in diem Titio reliquerat, eique praeceperat, ut Titio cautionem de solvendo legato praestaret, si a marito non divertisset. Filia a marito divertit. Recusabat praestare cautionem, ducto argumento a contrario: Pater imposuit mihi onus cautionis, si non diverterem, ergo, si diverterem, non imposuit. Rectissime argumentatur. Nunquam enim fallax est argumentum, quod hoc modo ducitur, ut ajunt dialectici, contradicto-
rie. Ita ducitur a Papiniano in *l.* 1. *ff.* 22
de off. ejus, cui mand. jurisd. Lege Julia magistratus potest mandare merum imperium, si proficiscatur, ergo si non proficiscatur, non potest mandare. Haud aliter Ulpianus in *l. juris gentium* 7. §. *dolo malo ff. de pact. Dolo malo ait*

praetor, *pactum se non servaturum.* Qui dum? quia edicit, se servaturum pacta, quae dolo malo facta non sunt: ergo ait, se non servaturum pacta dolo malo facta. *Ait praetor*, quia licet id expressis verbis non dixerit, tamen inest, et continetur in eo, quod verbis expressit. Horum exemplo et nos ita ducimus argumentum. Creditor non est cogendus, si damnum passurus sit: ergo si passurus non sit, cogendus est. Sed ad heredem filiam redeamus. Non poterat hoc argumento se cautionis oneri subducere, quia licet hoc ei pater non imposuerit, imposuit tamen Praetor, qui heredem debentem legata in diem, cavere jubet legatariis de praestandis adveniente die legatis *l.* 5. §. *si dies et toto tit. ff. ut legat. nom. cav.* Idcirco ajunt Imperatores in *d. l.* 2. *jurisdictionis originem perinde servari aequum est, ac si nihil super ea re scriptum fuisset.* Sed haec non pertinent ad speciem propositam in laudata *l.* 2. si mulier divertisset, utique disputari posset, an mulier cavere deberet: hoc est, an praevalere deberet praeceptum Praetoris cavere jubentis, an vero tacita voluntas testatoris, quae inest in conditione cautionis, quia haec cautio a testatore potest remitti, quocumque judicio defuncti. Quamobrem si mulier divertisset, puto recte uti potuisse argumento a contrario, et ab onere cautionis liberandam fuisse auctoritate Papiniani in *l. avia* 77. *in fin. ff. de condit. et dem.* et Marciani in *l. licet* 12. *ff. ut legat. nom. caveat.* Sed mulier non divertit, ideo uti non poterat argumento a contrario; quo, si divertisset, uti potuisset, et ab Imperatoribus exaudienda fuisset, ut modo dicebam. Quid igitur pro se allegabat? Hoc scilicet mea sententia: conditio divortii a lege remittitur, adeoque si mihi legatum fuisset, aut relicta hereditas sub conditione, si divertissem, consecuta fuissem legatum, et hereditatem, etiamsi non divertissem *l. sed neque* 8. §. 1. *ff. de usu et habit.* *l. reprehendenda C. de institut. et subst.* Ergo similiter remittenda mihi est cautio, cum non diverterim, quemadmodum volebat testator: quia etiam cautio remitti potest non solum a lege, sed etiam a testatore *l. licet* 12. *ff. ut legat. nom. cav. l. avia* 77. *in fin. ff. de cond. et dem.* Remisisse autem cautionem in casu divortii videtur testator, qui eam jussit interponi, si non divertissem. Enim vero si haec subtillius considerentur, suo argumento se ipsam mulier jugulabat. Nam si pater remisit ei cautionem in casu divortii, ergo non remisit, si non diverterit: non divertit autem: ergo ex ipsa patris voluntate cavere debet. Sed planius et explicatius respondent Imperatores: exemplum legati, vel hereditatis, quod mulier allegat, huic rei comparandum non esse: *cum absurdum sit, ideo perpetui edicti negligi formam, quia patris sui voluntati non obtemperatur.* Non negant Imperatores, testatorem voluisse filiam liberare ab onere cautionis, si divertisset: sed ajunt, quod, cum non deverterit, et patris voluntati non obtemperaverit, ad cavendum tenetur et patris praecepto, et simul Praetoris edicto. Quamobrem etsi a praecepto patris absolveretur, tamen superest praeceptum praetoris omnino servandum: quia absurdum est, negligi, et non servari Praetoris edictum, propterea quod mulier patri non obtemperavit. Lex non cogit eam obtemperare praecepto divortii, quod est contra bonos mores, et perinde habet, ac si super ea re nihil scriptum fuisset *d. l.* 2. *in princ.* atqui, si nihil super ea re scriptum fuisset, teneretur ex edicto cavere. Neque vero plus consequi debet, quam si super ea re nihil scriptum fuisset. Hujus rei elegans exemplum proponit Papinianus in *l. Mulieri et Titio* 74. *ff. de cond. et dem.* Mulieri et Titio relictus erat ususfructus, si non nupserit mulier. Nupsit mulier: defecit conditio legati, qua deficiente a legato videtur excludi Titius, et ad integrum usumfructum admittenda

mulier, cui conditio remittitur. Verumtamen quia conditio a lege remittitur perinde ac si adjecta non fuisset, absurdum est, eam plus consequi, quod testatori non obtemperavit, quam consequeretur, si obtemperasset: idcirco dividitur inter mulierem, et Titium ususfructus: imo, quod est omnino singulare, mulier tantummodo dimidium ususfructus consequitur, etiamsi Titius legatum repudiaverit: adeoque contempta voluntate testatoris amittit jus accrescendi. Neqne ipsi lex injuriam facit: quippe quia nihil esset habitura, si lex ei conditionem non remisisset. His expositis constat non levi errore prolapsos fuisse DD. qui putarunt ex *d. l.* 2. probari non valere argumentum a contrario, et commentitias esse solutiones, quas excogitarunt.

23 Non multo tutius est perfugium, quo Larrea utitur ad declarandam *l. quae extrinsecus* 65. *ff. de V. O.* Discrimen esse ait, quod stipulatio conventione contrahitur, non numeratione sicut mutuum. Id autem efficit numeratio, ut demonstret, ac designet genus monetae, in quo contrahitur obligatio: cui consequens est, ut in eodem genere solvi debeat, quia non tollitur obligatio, nisi solvatur id, quod debetur *princ. tit. inst. quib. mod. toll. obl.* Sed nos non ducimus argumentum a comparatione mutui cum stipulatione: verum a convenientia responsionis cum interrogatione, quae omnimoda esse debet in stipulatione, et multo exactior, quam in mutuo inter numerationem pecuniae, ejusque restitutionem ac solutionem: tum vero maxime ab eo, quod ait J. C. promittentem aureos pro denariis non in re ipsa, sed in rei appellatione variare, ut supra luculenter explicavimus.

24 His demonstratis praeoccupavimus contrariorum argumentorum confutationem. Nihil enim opponi potest, quod ex his non possit perspicue refutari. Primum ajunt, quod aliud pro alio solvi non potest invito creditori *l.* 2. §. 1. *ff. de reb. cred.* in mutuo solvi non potest res alterius generis, veluti triticum pro vino *d. l.* 2. *in princ. l.* 1. §. *re contrahitur ff. de oblig. et act. princ. tit. inst. quib. mod. re contrah.* differunt autem inter se materia, et substantia, atque adeo etiam genere, aes, argentum, aurum, *l. in venditionibus* 9. §. *ult. l. quod tamen* 14. *in fin. ff. de contr. empt.*

Ad haec responsum est luculentissime initio hujus dissertationis. In mutui obligationem non deducitur pecunia numerata ratione corporis, substantiae, materiae, sed ratione quantitatis, et aestimationis. Quamobrem qui reddit monetam ejusdem aestimationis, non solvit aliud pro alio, sed id ipsum quod accepit, nempe illam ipsam aestimationem, quam accepit, quam debet. Ne jam dicta repetam, ad ea lectorem relego.

Rursus objiciunt, quod mutuum non 25
solum in eodem genere restituendum est, sed etiam ejusdem qualitatis, et bonitatis *l. cum quid mutuum* 3. *ff. de reb. cred. l.* 1. §. *re contrahitur ff. de oblig. et act. princ. tit. instit. quib. mod. re contr. obl.* Non restituit autem rem ejusdem bonitatis, qui aeream monetam pro argentea, argenteam pro aurea solvit. Ac ne quidem ejusdem qualitatis: qualitas enim in jure nostro pro materia accipitur *l. si sterilis* 21. §. *quamvis ff. de action. empt.* non est autem eadem materia aeris, argenti, auri *d. l. in venditionibus* §. *ult. et l. quid tamen* 14. *ff. de contr. empt.*

Eodem recurrimus. AEque bonum reddit pecuniae debitor, qui reddit aequalem aestimationem, cum pecunia ratione aestimationis in obligationem deducatur, non materiae vel corporis. Sed et ejusdem qualitatis reddit: licet enim aliquando, et quidem admodum raro nomen qualitatis ad materiam in jure nostro referatur, tamen vere ac proprie significat id, quod materiae accedit, et accedit substantiae *l. ubi autem* 75. §. *ergo* 1. *ff. de V. O. l.* 4. *ff. de trit.*

vin. et ol. leg. l. heredes palam §. 1. *vers. et puto ff. qui test. fac. poss.* si quis acceptis decem denariis solveret decem sestertios, hic utique solveret monetam diversae qualitatis, diversae speciei, quia licet utraque moneta esset argentea, tamen cum non habeat eamdem aestimationem, non est ejusdem qualitatis *d. l. heredes palam*, nec ejusdem speciei *l. qui non militabat* §. 1. *ff. de hered. inst.* quod enim nummorum qualitas dicitur in *d. l. heredes.* in hac dicitur species nummorum. Coeterum si pro decem denariis solverit quadraginta sestertios, qui sunt ejusdem aestimationis, dicitur variare solum in rei appellatione, non autem in re ipsa *l. quae extrinsecus* §. 1. *ff. de V. O.* quam supra copiose exposuimus. Recte Ulpianus in *l. etiam* 159. *ff. de V. S. etiam aureos nummos aes dicimus.* Plane aes alienum dicitur, in quacumque specie monetae fuerit contractum aereae, argenteae, aureae. Senec. *de Benef. lib.* 5. *C.* 14. *Æs alienum habere dicitur, et qui aureos debet, et qui corium forma publica percussum, quale apud Lacedaemonios fuit, quod usum numeratae pecuniae praestat.* Pecunia numerata cujuscumque generis sit, omnis ejusdem modi est, quia usum dominiumque non tam ex substantia praebet, quam ex quantitate *l.* 1. *in princ. ff. de contr. empt.* Porro eum dicimus aliquem accepisse mutua centum scuta, non hoc intelligimus eum accepisse corpora ipsa scutorum, sed eorum aestimationem, sive eam acceperit in ceratiis, sive in denariis, sive numerata fuerint ipsa scuta argentea, sive aurei, sive tremissca, sive haec omnia commixta, dum simul juncta conficiant aestimationem centum scutorum.

26 Rursus objiciunt, quod in pecunia non solum valor et aestimatio, sed etiam corpus attenditur: argumento est, quod etiam tamquam corpus nulla habita ratione aestimationis saepe deducitur in obligationem, ut in *l. plane* 34. §. *sed hoc ita ff. de leg.* 1. in *l.* 3. *in fin. cum seq. ff. commod. l. numismatum* 28. *ff. de usufr.* In mutuo autem videtur considerari tamquam corpus, quia nullius rei pretium est, nec aestimatio, sicut in emptione *l.* 1. *in princ. ff. de contr. empt. l.* 1. *ff. de rer. permut.* neque enim intervenire potest tamquam aestimatio, cum nihil est quod aestimetur.

Ad hoc satis initio responsum est, ubi fuse lateque demonstravimus, quandonam ratione corporis, quando ratione quantitatis in obligationem deducatur; et quid obtineat in mutuo. Profecto ipsa numeratio, quae in mutuo contrahendo necessaria est *inst. tit. quib. mod. re contr. oblig. in princ.* clare ostendit, non tamquam corpus in mutuum venire pecuniam, cum non ea ipsa pecunia, quae numeratur, solvenda sit, sed alia ejusdem generis *l. sed si certos* 51. *ff. de leg.* 1. Neque fit numeratio, ut constet de specie monetae, quae traditur, sed ut constet de quantitate, et quantum datum sit, appareat, ut tantumdem reddi possit. Qui pecuniam mutuam accipit, non eam accipit tamquam mercem aliquam, sed ut ejus pretio merces comparet, et in suos usus expendat: proinde eam accipit, ut pretium et aestimationem omnium rerum, et ad dimittendos creditores accommodatam.

Denique opponunt, quod in pecunia non solum valor, sed ut proba sit materia, sitque justi ponderis, exigitur *l.* 1. *et* 2. *C. de ponderat. et aur. illat. c. quanto de jurejur. l.* 1. *C. de vet. numism. pot.*

Ineptum, et futile argumentum. Utique si mutuatarius non reddat monetam 27 probam, et justi ponderis, non cogatur creditor accipere: ut si aerosam pecuniam, vel detonsam solvere velit *l. creditor*, 102. *ff. de solut. l.* 2. *C. de ponderat.* sed hoc pertinet ad publicam auctoritatem, quae sit moneta proba, aut aerosa, quae justi ponderis *d. l. creditor et d. l.* 2. Coeterum ea est moneta proba, justique ponderis, quam aeris, argenti, aurique flatores publica auctori-

tate percusserunt *l.* 1. *ff. de contr. empt. l.* 2. §. *eod. tempore* 30. *ff. de orig. jur.* sed quid haec ad quaestionem nostram? Nam etsi redderet ejusdem generis monetam vel detonsam, vel aerosam, repelli posset a creditore. Non quaerimus, an possit reddere monetam minus probam, aut non justi ponderis: sed an possit reddere in alia forma, in alia materia, sine damno creditoris.

CAPUT XI.

Ad L. prout quidque 80. *ff. de solut.*

SUMMARIUM.

I. Mutatio monetae extrinseca, vel intrinseca.
II. In extrinseca tantumdem restituit, qui restituit eamdem aestimationem.
III. Solvens aestimationem ejus, quod accepit, liberatur.
IV. Creditor recipiens eamdem aestimationem, quam dedit, nihil damni sentit.
V. Mutatio monetae est casus fortuitus, qui cedit damno vel lucro debitoris.
VI. Rei aestimatione in obligationem deducta, ipsa aestimatio debetur, sive creverit sive decreverit rei pretium.
VII. Non potest simul reddi tantumdem corporis, et tantumdem aestimationis. Æstimatio praevalere debet materiae et corpori.
VIII. Pecuniae pretium augeri solet ad opitulandum Reipublicae necessitatibus.
IX. Explicatur l. vinum 22. ff. de reb. cred.
X. Differentia inter pecuniam et species, quae in genere suo functionem recipiunt.
XI. Ante moram id solum debetur, quod in obligationem deductum est. Post moram etiam id, quod interest creditoris.
XII. Differentia inter legatum metalli rudis, et mutuum pecuniae numeratae.
XIII. Exponitur l. cum certum 9. ff. de aur. et arg. leg.
XIV. In his, quae ad sua initia redigi possunt, materia vincit formam, et artificium cedit materiae.
XV. Solvens eamdem aestimationem, nec aliud pro alio nec minus solvit.
XVI. Recipiens eamdam monetam, quam dedit, non accipit nummos in aliam formam.

1 Succedit altera quaestio de mutatione monetae: videlicet an ea publica auctoritate mutata restitui debeat tantumdem corporis, an vero tantumdem aestimationis. Tantumdem pecuniae restituendum esse, controversum non est *l. prout quidque ff. de solut.* sed et hic dubitatur, an tantumdem pecuniae restituere dicatur, qui restituit eamdem aestimationem, an vero qui restituit eadem corpora. Mutatio monetae duplex: Aut retenta eadem moneta augetur minuiturve ejus aestimatio: Aut cuditur nova moneta mutata ejus materia, vel pondere. Illa a nostris dicitur mutatio extrinseca, haec intrinseca.

Mutata extrinsecus moneta puto mu- 2
tuatarium non posse cogi, nisi ad restituendum tantumdem aestimationis. Finge auctam fuisse aestimationem aureorum: ita ut octoginta aurei aequent aestimationem centum praeteriti temporis: qui centum mutuos acceperat, reddendo octoginta liberatur. Haec sententia superiori est consentanea: eaque admissa, hanc quoque admitti necesse est. Etenim potest mutuatarius, qui decem aureos accepit, solvere denarios ejusdem aestimationis, ut in superiore demonstravimus: ergo multo magis solvere potuit ejusdem generis monetam, videlicet aureos, dum sint ejusdem aestimationis. Si licet ei, quod plus est, multo magis licere debet, quod minus est *l. non debet* 21. *ff. de R. J.* Licet mutuatario reddere eamdem aestimationem in argento, quod non accepit, ergo multo magis in auro, quod accepit. Idem ita concludi potest. Si accepisset denarios CCL. mutuos, posset solvere tot aureos, qui aequarent aestimationem denariorum CCL. ergo multo magis eosdem solvere poterit, cum aureos mutuos acceperit. Huic argumento vix aut nullo modo potest responderi.

Confirmatur, quia si verum est, quod 3
verissimum esse demonstravimus in superiore, pecuniam numeratam in mutuo, sicut in plerisque aliis contractibus, in obligationem deduci ratione quantitatis et aestimationis, non autem corporis; consequens est liberari, qui solvit eamdem aestimationem, maxime si solvat in eodem genere monetae, quod accepit. *l.* 1. §. *re contrahitur ff. de obl. et act. l.* 2. *in princ. ff. de reb.*

cred. juncto *princ. tit. inst. quib. mod. tollit. obl.*

4 Secundo, quia creditor recipiens eamdem aestimationem, quam dedit, damnum ac detrimentum non sentit, quoniam res omnes, quae in commercio sunt, expenduntur et aestimantur pecunia secundum aestimationem publica auctoritate impositam *l.* 1. *in princ. vers. electa ff. de contr. empt.* Ibi: *electa materia est, cujus publica aestimatio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret.* Nec potest quisquam in commerciis rebus contrahendis eam recusare, cum sit speciei probae et debiti ponderis; est enim eadem moneta, quae dudum erat *l.* 1. *C. de vet. numism. potest.* et *l. ult.* ubi jubetur capitali supplicio puniri, qui eam pro pretio a lege imposito accipere noluerit.

5 Tertio, quia quamvis diminuto monetae pretio detrimentum sentiat debitor, qui plures aureos restituere cogitur, quam acceperit, tamen hoc est consentaneum naturae mutui, in quo quicquid accidit casu fortuito, cedit damno ipsius debitoris §. *item is vers. et is quidem, inst. tit. quib. mod. re contr. oblig. l.* 1. §. *et ille quidem ff. de obl. et act.* Diminutio autem pretii casu fortuito accidit: nam pecuniae publica est, ac perpetua aestimatio *l.* 1. *vers. electa ff. de contr. empt.* eaque mutari minuique et augeri non potest, nisi suprema principis auctoritate, ad quem spectat monetam cudere. Sunt enim haec jura majestatis *l.* 2. *C. de falsa moneta*: nec quisquam alius habere potest hanc facultatem etiam ex ipsius Principis rescripto *l. ult. C. eod.* Quod autem fit potentia Principis ad vim majorem, et casus fortuitos pertinet *l. si fundus* 25. §. *fin. ff. locat. l. Lucius* 11. *ff. de eviction.* quia potentiae principis resisti non potest; et quod fit ea vi cui resisti non potest, casu fortuito accidisse reputatur *l.* 1. §. *et ille quidem vers. is vero ff. de obl. et act. l.* 4. *C. de peric. tut. l. fluminum* 24. §. *Servius ff. de damn. inf.* In summa damnum quod provenit ex mutatione monetae, semper ad mutuatarium pertinet *l. creditor* 102. *ff. de solut.* Cum autem ad debitorem pertineat incommodum diminutionis pretii, ad eundem pertinere debet etiam commodum augmenti, *l. secundum naturam* 10. *ff. de reg. jur.* §. *quam autem vers. sed et si post emptionem, instit. de contr. empt. l. id quod* 7. *in princ. ff. de peric. et com. rei vend. l. ult. C. eod.*

Quarto quia quoties rei aestimatio deducitur in obligationem, debetur ea ipsa aestimatio, quae in obligationem deducta est, sive creverit sive decreverit rei pretium *l. fundum* 28. *in fin. D. de novat.* Ibi: *ea aestimatio venit, quae secundae stipulationis tempore fuit l. aestimatae* 51. *D. sol. matr. l. cum dotem* 10. *in fin. C. de jur. dot. l. res in dotem* 42. *D. eodem.* Atqui in mutuo pecunia deducitur ratione suae aestimationis, ut ostendimus in superiore; ergo augmentum, diminutio, interitus ad debitorem, non ad creditorem pertinet, ut perspicue tradit Scaevola in *l. creditor* 102. *princ. D. de solut.* Ibi: *nec creditoris, nec tutoris detrimentum esse.* Confirmatur, quia nummorum certa est aestimatio *l.* 3. *D. de in lit. jur.* quamobrem qui mutuos nummos accipit, ad restituendam certam aestimationem obligantur, eamque restituendo liberatur *princ. tit. inst. quib. mod. toll. oblig.* 6

Quinto animadverto, quod aucto, diminutove pretio pecuniae, non potest reddi tantumdem corporis, et materiae, simulque tantumdem quantitatis et aestimationis. Etenim si reddas tantumdem corporis, reddis plus, minusve aestimationis: contra si reddideris tantumdem aestimationis, plus, minusve corporis reddidisti. Cum igitur utrumque exequi atque explere nequeat mutuatarius, alterum alteri cedat necesse est, ut id, quod praevalet, mutuatarius exequatur. Videndum igitur est, quid praevaleat in pecunia numerata, utrum corpus et sub- 7

stantia, an vero quantitas, valor, aestimatio. Equidem sine ulla controversia praevalet aestimatio materiae et corpori; moneta enim ideo inventa fuit, eique imposita publica aestimatio, ut subveniretur permutationum difficultatibus, in quas homines incurrebant corpora corporibus permutando *l.* 1. *in princ. D. de contr. empt.* et idcirco pecunia habetur pro re incorporali, et corpori opponitur *l. quisquis* 95. *in fin. D. de leg.* 3. Ibi: *neque enim post eam praefationem adjecturam fuisse testatorem res corporales, si dumtaxat pecuniam numeratam praestari voluisset, l. plane* 34. §. *sed si non corpus D. de legat.* 1. *l. sed et si* 10. *D. de acceptil. l. si poenae* 19. §. *si falso l. qui heredis* 46. *D. de condict. indeb. l. si heres* 68. *D. ad SC. Trebell.* et nos in superiore fusius ostendimus. Hoc quoque argumentum reor ineluctabile.

8 Postremo, quia Princeps monetae pretium augere solet vel ut publicae necessitati opituletur, vel ad sublevandam plebem aere alieno oppressam. Sallust. *in Catilin. Saepenumero majores nostri miserti plebis Romanae decretis suis inopiae ejus opitulati sunt: ac novissime memoria nostra propter magnitudinem aeris alieni, volentibus bonis, argentum aere commutatam est.* Plin. *Lib.* 33. *cap.* 3. *Belio Panico primo, cum inpensis Resp. non sufficeret, constitutum, ut asses sextantario pondere ferirentur: ita quinque partes factae lucri, dissolutumque aes alienum,* etc. *Postea Hannibale urgente Q. Fabio Maximo Dictatore asses unciales facti, placuitque denarium sexdecim assibus permutari.* Sed si aucta aestimatione pecuniae, totidem nummi solvendi essent, quot accepti fuerunt; et tantumdem nummorum, non tantumdem aestimationis solvendum esset a debitoribus, neque Reip. necessitati subveniretur, neque inopiae debitorum, et ex pretii augmento non debitores, sed creditores perciperent emolumentum, contra propositum institutumque Reip.

Modo, quae opponuntur, expendamus. Duo prae aliis magnos viros seduxerunt. Primum opponitur Juliani auctoritas in *l. vinum* 22. *ff. de reb. cred.* ubi secundum Sabini sententiam statuitur; vinum mutuo datum, tanti aestimandum, quanti tunc erat, cum petitum fuit, ergo in mutuo attendi debet et solvi aestimatio, quae fuit tempore petitionis, non tempore contractus, vel tempore rei judicandae *l.* 3. §. *in hac actione ff. commod.*

Facilis et expedita distinctio inter pe- 10
cuniam, aliasque res, quae in genere suo functionem recipiunt, vinum, oleum, frumentum. Harum rerum pretia incerta sunt, et in dies mutantur pro annonae vilitate, aut caritate *l. pretia rerum* 63. §. *ult. ff. ad leg. Falcid.* pecuniae autem certa est aestimatio atque perpetua *l.* 1. *ff. de contr. empt. l. nummis* 3. *ff. de in lit. jur.* Plin. *Lib.* 33. *cap. ult. in fin. Pretia rerum, quae usquam posuimus, non ignoramus alia aliis locis esse, et omnibus pene annis mutari:* et reliqua. Eo fit, ut pecunia merces omnes aestimentur, pecunia autem merce non aestimetur *l. si ita fidejussorem* 42. *ff. de fidejuss.* His consequens est, in mutuo pecuniae in obligationem venire ipsam aestimationem: in mutuo vini, olei, frumenti, corpora ipsorum juxta mensuram a contrahentibus initam. Quoties autem certa aestimatio in obligationem deducitur, ea ipsa debetur, etiamsi postea rei aestimatio variaverit *l. fundum* 28. *ff. de novat. c. ult. de censib.* facit ad rem *l. Rutilia Polla* 68. *ff. de contr. empt. l. cum quis* 22. *ff. de oblig. et act.* Sicut enim de certa mensura, vel certo pondere contracta est obligatio, tandumdem mensurae vel ponderis restituendum est; adeo ut nequidem convenire possit, ut plus restituatur *l. rogasti* 11. §. 1. *D. de reb. cred.* ita cum de certa aestimatione contracta fuit

obligatio, tantumdem aestimationis est restituendum.

11 Sed ad propositum argumentum ex *l. vinum* magis est accommodata distinctio temporis, vel moram antecedentis, vel eam consequentis. Ante moram nihil aliud debetur, quam quod in obligationem deductum est; ideo si decem amphorae vini datae fuerint, nihil aliud debetur, ac nihil aliud peti potest, quam decem amphorae; nec locum habet aestimatio, quia debet in decem amphoras a Judice condemnari, non in aestimationem *l. Titiae amicae* 36. *in fin. ff. de aur. et arg. leg. l. ult. C. de fideic. libert. l. hujusmodi* 84. §. *qui servum D. de leg.* 1. Post moram autem ultra rem debitam praestandum est etiam id, quod interest creditoris rem sibi solutam fuisse debito tempore: scilicet quantum habiturus fuisset, si ei statim reddita fuisset *l. praeterea* 20. *D. de rei vindic. l. cum fundus D. de reb. cred. l.* 2. *D. de usur. l. si sterilis* §. *cum per venditorem D. de act. empt.* Est igitur aestimanda res, non quia ipsa praestanda non sit, sed ut constet, quanti intersit actoris, rem non suo tempore fuisse restitutam *d. l. si sterilis.* Nam post moram debitoris, damnum ad ipsum debitorem pertinet *l. cum res* 47. §. *ult. D. de leg.* 1. lucrum ad creditorem *l.* 3. §. *ult. l. si sterilis* §. *cum per venditorem D. de act. empt.* Idem in mutuo pecuniae numeratae receptum est communiter, quam sententiam, nec probo, nec reprobo. Verum hoc a mora provenit, non a mutui natura. Quocirca argumentum petitum a *l. vinum D. de reb. cred.* ad hanc controversiam non pertinet.

12 Secundo opponi potest *l. cum certum* 9. *D. de aur. et arg. leg. Cum certum auri vel argenti pondus legatum est, si non species designata sit, non materia, sed pretium praesentis temporis praestari debet*: ergo praesens aestimatio debetur, non temporis praeteriti, quo contracta fuit obligatio.

Magna est differentia inter legatum argenti vel auri rudis, et mutuum pecuniae numeratae. Rudis materiae argenti, vel auri, vel aeris non est certa ac perpetua aestimatio a lege definita, quemadmodum pecuniae numeratae *l.* 1. *D. de contrah. empt.* AEs, argentum, aurum pecunia aestimatur et mercis vicem obtinet: pecunia alia re non aestimatur, sed est omnium aestimatio et pretium; non autem merx, *l.* 1. *D. de contr. empt. l. si ita fidejussorem* 42. *D. de fidejus.* Svetonius *de Julio Caesare cap.* 54. *Unde factum, ut auro abundaret, ternisque millibus nummum in libras promercale, per Italiam, provinciasque divenderet.* Iis temporibus ex auri libra quadraginta et octo aureo cudebantur: aureus centum nummis valebat: itaque libra auri in pecunia quaternis millibus et octingentis nummis aestimabatur. Caesar cum ex Gallia maximam auri copiam asportasset, aurum rude dumtaxat ternis millibus nummum divendebat. Haec igitur metalla pro abundantia, vel penuria modo viliora erant, modo cariora, quemadmodum reliquae merces: quamobrem ea aestimare necesse erat. Hinc orta quaestio: cujus temporis aestimatio sit ineunda. Haec autem quaestio in pecunia numerata incidere non potest, quia cum in obligationem deducatur certa ejus aestimatio; ea ipsa solvenda est a mutuatario, qui ad eam restituendam ex mutuo se obligavit, ut paulo ante demonstravimus.

Verumtamen si accuratius id perpendamus, lex illa pro nobis facit potius 13
quam contra nos: *pretium praesentis temporis praestare debet.* Quodnam est tempus praesens? scilicet tempus conditi testamenti. Dilucide hercle Paulus ita definit in *l. si ita esset* 7. *eod. Si ita esset legatum: vestem meam, argentum meum damnas esto dare: id legatum videtur, quod testamenti tempore fuisset; quia praesens tempus semper intelligeretur.* Nam tempus praesens etiam praeteritum saepenumero significat *l. ver-*

bum erit 123. *D. de V. S.* Jurisconsulti, cum de legatis, et fideicommissis aliquid definiunt, verba referunt vel ad tempus testamenti, in quo relicta fuerunt, vel ad tempus mortis testatoris, cum incipiunt deberi: quia haec duo tempora inspici solent. De aestimatione rerum, quae relicta fuit in testamento, spectandam esse aestimationem, quae fuit tempore mortis, traditur a Scaevola in *l. ult.* §. 1. *D. de leg.* 1. Idque quia testator usus erat verbo futurum tempus demonstrante, quod tamen non protenditur ultra mortem testatoris. Nec vero protendi potest, quoniam res cujusque modi sit, cum testator moritur, ab herede praestanda est; statim enim et nascitur obligatio, qua heres obstringitur, et statim transfertur dominium in legatarium *l. heres quandoque* 54. *D. de acquir. vel omitt. hered. l. legatum* 20. *D. de legat.* 2. Quocirca et si res mutata fuerit post conditum testamentum, tamen cujuscumque modi sit tempore mortis, ejusdem modi debetur: ut in *l. si quis vinum* 9. §. *item si quis D. de trit. vin. et ol. leg. et l. uxorem* 41. §. *testamento* 4. *D. de leg.* 3. Coeterum in nostra *l. cum certum* 9. verius puto deberi pretium ejus temporis, quo factum est testamentum, nam qui rem legat, cogitat de illa re, quae est praesenti tempore, et animo ejus, cum legat, obversatur. Quamobrem nisi adjiciat aliquod verbum, ex quo conjecturam faciamus, eum de futuro cogitasse, semper testamenti tempus inspiciemus *l. si ita* 7. *ff. de aur. et arg. leg. l. scribit* 34. §. 1. *l. medico ult. ff. eod. l. ult.* §. *ult. ff. de liber. leg.* Huic consequens est, testatorem legantem certum pondus argenti in genere, nulla specie designata, voluisse legare pretium praesentis temporis, quod ipse animo reputabat, cum legabat: perinde ac si certam summam pecuniae legasset. Sed utrumlibet verius putes, quod ad quaestionem nostram attinet, res eodem recidit.

14 Tertio opponitur, quod ea, quae in sua redigi possunt initia, materiae potentia victa, nunquam vires ejus effugiunt. *l. quaesitum* 78. §. *illud. ff. de leg.* 3. sed argentum signatum saepius redigi potest in sua initia sicut argentum factum, ergo in eo vincit potentia, materiae, ejusque vires effugere non potest: cui et illud consequens est, tantumdem materiae, non tantumdem aestimationis esse restituendum, ut tantumdem pecuniae reddatur, quemadmodum praecipitur in *l. prout quidque* 80. *ff. de solut.*

Hoc etiam argumentum pro nobis facit. Ait Paulus, argenti legato tam rude et infectum argentum, quam factum contineri, licet legato marmoris solummodo rude marmor contineatur: scilicet quia in argento facto materia vincit formam, et artificium ac caelatura materiae cedit, cum ad sua initia reduci possit. Atqui argenti legato non continetur argentum signatum, *l cum aurum* 19. *in princ. ff. de aur. et arg. leg.* ergo in argento signato forma publica vincit potentiam materiae, et consideratur forma publica, et a lege imposita aestimatio, non vero materia. Ad *l. prout quidque* jam supra respondimus, tantumdem pecuniae reddere, qui reddit tantumdem aestimationis, non, qui reddit tantumdem materiae.

Reliqua etiam argumenta jam praeoccupavimus. Nam quod ajunt aliud pro alio solvi non posse. *l.* 2. §. 1. *ff. de reb. cred. l. ult. C. de fideic. libert:* Mutuatarium non posse obligari ultra id quod accepit. *l. rogasti* 11. §. 1. *ff. de reb. cred. l. si tibi decem* 17. *ff. de pact. l. cum ultra C. de non numerata pecunia.* Neminem cogi accipere pecuniam, quae non sit debiti ponderis, et speciei probae *l.* 1. *C. de veter. numism. pot. l.* 2. *C. de ponderat. et illat. aur.*

Verissima sunt haec omnia, sed a nostra quaestione admodum aliena. Qui solvit eamdem aestimationem, non solvit aliud pro alio, cum solvat eam aestima-

tionem, ad quam se obligavit plus, aut minus. Solvit monetam speciei probae ac debiti ponderis, cum solvat monetam, quam accepit, eaque non fuerit intrinsecus mutata, ut supponimus. Quod si creditor eam dicat esse detonsam, atque ideo non justi ponderis, eum ad zygostatem relegat Julianus Imperator in laudata *l.* 2. Ejusdem notae est argumentum, quod ducitur a *l. creditorem* 99. *ff. de solut.* de qua in superioribus. Etenim neque creditor in aliam formam nummos accipit, cum recipiat eamdem monetam, quam dedit. Character, figura, signum, quo moneta formatur, atque signatur, forma dicitur, est enim moneta materia forma publica percussa, *l.* 1. *ff. de contr. empt.* Haec forma aliam ab alia monetam distinguit, et secundum hanc aestimatur: ideo etiam ipsa moneta saepe forma dicitur. Cato formam denarii dixit; et Lamprid. *in Alex. Severo; Formas binarias, et ternarias, et quaternarias, et denarias etiam, atque amplius usque ad bilibres quoque et centenarias, quas Heliogabalus invenerat, resolvi praecepit.* Formae binariae erant monetae, quae binis aureis valebant, ternariae quae ternis: centenariae, quae centenis. Neque damnum sentit creditor, qui recipit eamdem aestimationem, quam dedit. Ac si velimus damnum secundum numerum nummorum, quos recipit, aestimare, sicut pauciores recipit aucta aestimatione: ita plures recipit ea diminuta. AEquum igitur est, eum pati damnum, si lucrum percipit. *l. id quod* 7. *ff. de peric. et commod. l. un. § pro secundo vers. eas etiam C. de cad. toll. l. is qui* 15. *in fin. de legat praest.*

CAPUT XII.

Ad L. cum quid mutuum 3 *ff. de reb. cred.*

SUMMARIUM

I. Communis sententia Interpretum est, reddendam esse monetam antiquam, vel novam juxta antiquae aestimationem. Contraria magis placet.

II. In pecunia consideratur potestas seu valor publica auctoritate impositus, non materia, ex qua conflatur.

III. Materia vel pondus non sunt in obligatione, adeoque eorum ratio habenda non est.

IV. Pecuniam nobis usum dominiumque praebere non tam ex substantia, quam ex quantitate quatenus dici possit ad Paulum in l. 1. ff. de contrah. empt et n. V.

VI. Nemo potest recusare, quin tradat aut suscipiat monetam jussu Principis percussam.

VII. Est enim ejusdem potestatis et aestimationis, et nullum damnum patitur creditor. et n. VIII.

IX. Duplex mutatio monetae intrinseca apud Romanos facta reperitur. Nunquam distincta moneta vetus a nova.

X. Expenduntur Loca Juris Canonici in contrarium allegata et n. XI. XII.

Quaestionem etiam de mutatione intrinseca in transitu leviter attingam Interpretes nostri fere omnes pro certo habent, reddendam esse monetam antiquam, si usquam reperiatur: sin minus, restituendam novam monetam secundum aestimationem antiquae. Nituntur auctoritate juris Pontificii in *c. olim et in c. cum canonici de censib.* Quae sententia rationem habet, quia cum in mutuo reddendum sit aeque bonum, nostra *l.* 3. *ff. de reb. cred.* si reddi potest aeque bonum tam in materia, quam in aestimatione, nulla ratio videtur esse cur id fieri non debeat. Quocirca si reperiatur antiqua moneta, quam mutuam accepit debitor, quorsum eam solvere recuset? Eam solvendo restituit rem mutuam et ejusdem generis, et ejusdem bonitatis tum intrinsecae, tum extrinsecae, atque adeo plane perfecteque satisfacit suae obligationi, suoque creditori. Enim vero ab hac sententia recedere non auderem, (sicut in docendo nunquam recessi; quamvis contrariam de jure veriorem esse existimarem) nisi praeirent, 1

et animos adderent doctissimi viri, qui primas etiam in foro tenuerunt.

2 Movet me primum, quod ait Paulus in *l.* 1. *ff. de contr. empt. Electa materia est, cujus publica, ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret: eaque materia forma publica percussa usum dominiumque non tam ex substantia praebet, quam ex quantitate: nec ultra merx utrumque, sed alterum pretium appellatur* Idque confirmat in *l.* 1. *in princ. ff. de rer. permut.* Electio igitur hujus materiae ad publicam potestatem pertinet: ad eamque etiam forma, quam voluerit imprimere, quae sit signum tum publicae auctoritatis, tum aestimationis publica auctoritate impositae. Hoc et Aristoteles affirmat *lib.* 1. *de Rep. cap.* 9. Quod si quis hanc auctoritatem sibi arripuerit, in crimen laesae majestatis incurrit, et afficitur ultimo supplicio. *l.* 2. *C. de falsa mon.* His efficitur, hanc materiam ad hoc electam et forma publica percussam, ut difficultatibus permutationum subveniretur, non amplius esse considerandam tamquam aliquam mercem, sed tamquam pretium omnium mercium, nec habendam rationem materiae, cujusquemodi sit, sed aestimationis, quam Principis, aut Reip. decreto accepit. Quocirca sive pretiosa, sive vilis fuerit materia, eumdem privatis usum praestat, dum eadem sit aestimatio, nec de ea privati curare debent, cum electio materiae ad Principem supremum solummodo pertineat. Cives igitur dumtaxat potestatem, pretium, quantitatem in nummis debent perpendere, cum non tam ex substantia, quam ex quantitate usum dominiumque ipsis praebeat. Egregie Aristoteles laudato loco ait, quod nummus lege constat, natura vero nihil est. Materiae substantiam absorbet publica legis aestimatio. Tolle legem, etiam nummos, omnemque pecuniam sustuleris; remanebit aurum, argentum, aes, quae mercis loco habebuntur, et in antiquas difficultates permutationum recidemus. Natura igitur propria pecuniae, qua ab omnibus aliis rebus distinguitur, est valor imposititius, non materia, ex qua conflatur, quae communis est etiam aeri, argentoque, et auro infecto, quae merx sunt, non pretium mercis, non pecunia, non nummus. Quid igitur causae est, cur novam monetam pro vetere creditor accipere detrectet, si recipit eamdem aestimationem, quam dedit? *l. prout quidque* 80 *D. de solut. et lib.* cum enim id, quod creditori debetur, ad eum perveniat, eique nihil obsit, necesse est, ut debitori competat liberatio *l. in perpetuum* 62. *D. de solut.*

At enim ad eum non pervenit id, 3
quod ei debetur: quia materia pecuniae, quae ipsi solvitur, eadem non est, ac pecuniae, quam dedit; vel non est ejusdem ponderis. Ne solutio quidem alterius generis monetae eamdem materiam, aut idem pondus praestat creditori: et tamen eam recusare nequit, dummodo eamdem praestet aestimationem, ut in superioribus demonstravimus. Neque enim materia, aut pondus aut corpora nummorum sunt in obligatione, sed valor, potestas, et publica nummorum aestimatio: et quod est in obligatione, debet esse in solutione. *l. ult. C. de fideicom. libert.*

Sed hoc ipsum negant, qui in con- 4
traria sunt sententia, et Pauli verbis nituntur: *eaque materia forma publica percussa usum dominiumque non tam ex substantia praebet, quam ex quantitate.* Ergo ajunt, praebet usum dominiumque non solum ex quantitate, sed etiam ex substantia. Profecto non negaverim usum, ac praesertim dominium in materia et corpore nummorum consistere: cum possit de illis perfecte arbitrio suo disponere, quod domini proprium, idque in re corporali consistat. *l. per hoc judicium* 4. *ff. comm. divid.* Sed hoc dominium habemus, quatenus nummi sunt ex aere, argento, auro, quemadmodum sunt in dominio nostro quae-

habet metalla facta, infectave, ut aes, argentum, aurum rude, vel vasa aerea, argentea, aurea. Quatenus autem nummi pecunia sunt ad res omnes aestimandas, et comparandas instituti, et publica auctoritate signati, usum, dominiumque nobis praebent ex quantitate, pretio publicaque aestimatione. Ita monemur a Papiniano in *l. si is cui nummos* 94. §. 1. *ff. de solut.* Ibi; *sive quis in pecunia non corpora cogitet, sed quantitatem.* In nummis et corpora, et quantitatem possumus cogitare: in ea tamen specie, quam ibi proponit Papinianus, quantitatem considerandam esse, non corpora, decernit Pomponius in *l. si poenae* 19. §. *si falso ff. de condict. ind. summae partem dimidiam, non corporum conditam*: agitur enim de nummis communibus solutionis, vel mutui causa datis: in commerciis enim exercendis nummi ratione quantitatis et valoris, non corporum et mercis interveniunt.

5 Quamobrem nummi consumpti dicuntur, etiam si extent: et salva sint nummorum corpora, et illaesa eorum substantia: et consumptione mutuum conciliatur, et liberatio ab obligatione contingit *d. l. si is cui* 94. *l. rogasti* 11. §. *ult. et l. seq. ff. de reb. cred. l. si quis pro eo* 56. §. *si nummos D. de fidejuss. l. si alieni* 78. *ff. de solut.* Frumentum, vinum, oleum consumuntur, cum iis utimur ad vescendum: pecunia vero, cum eam expendimus, aut cum nostra commiscemus, ut discerni non possit. *d. l.* 78. si nummos comminuam, fundam: ex eis vasa, sigilla conficiam: illis utor tamquam argento, auroque, non tamquam pecunia, et quasi dominus materiae atque substantiae, non quasi dominus pecuniae, et quantitatis, ac pretii, quo censetur. Sed hoc raro admodum accidit, et est a proprio usu nummorum, eorumque institutione alienissimum; *nec facile quisquam argenti numero nummos computat*, ut ait Ulpianus in *l. Quintus Mucius* 27. §. 1. *D de aur. et argent. leg.* Forma publica eximit argentum ex numero argenti non solum infecti, sed etiam facti: atque eo fit, ut legato omni argento, legato argento facto, nummi non contineantur, nec verbum illud universale, *omne*, tantam vim habeat, ut eos comprehendat *d. l. Quinctus* 27. *et l. cum aurum* 19. *in princ. D. eod.* Tunc nummis utor tamquam pecunia signata, et quasi dominus pecuniae, non materiae, cum illis utor ad usum, ad quem fuerunt instituti: ad res comparandas, ad perpetuos sumptus faciendos, ad negotiandum, ad sublevandos amicos, et his similia. Tunc autem usum dominiumque nobis praebet ex quantitate, non ex substantia: usum praestat, et commodum atque utilitatem non aes, aurumve, et argentum, non materia melior, deteriorve: sed ejus valor impositilius, et aestimatio publica auctoritate destinata. Qui tabulam egregie pictam, aut statuam affabre sculptam possidet, aut comparat, non materiae qualitatem spectat, sed operis excellentiam. An cum Rex Attalus Aristidis tabulam centum talentis emit, ex qua materia, tela, vel ligno, et quam perfecta, vel quam pretiosis coloribus tabula compacta esset ac pacta, curavit? An cum Polycleti Diadumenus totidem talentis veniit, putamus emptorem diligenter expendisse, quo ex aere conflatus esset? An Nicomedes Rex Praxitelis Venerem mercari volens a Gnidiis, et totum aes civitatis alienum, quod erat ingens, dissoluturum se promittens, valde curavit, quo in marmore sculpta foret? aut Gnidii, qui noluerunt illi vendere, et quidvis perpeti maluerunt, quam statuam alienare, quae Gnidum nobilitabat, id deliberaverunt propter marmoris qualitatem, an propter sculpturae excellentiam? Atque haec multo satius in nummis statuenda sunt, propterea, quod electio materiae non pendet a privatorum arbitrio, sed a publica auctoritate, cui parere necesse est.

Quocirca illud etiam me movet, ut 6
ita sentiam, quod nemo potest recusare,

quin tradat, aut suscipiat monetam secundum jussa Principis, qui eam cudi jussit: alias violat imaginem Principis in ea impressam. *l.* 1. *et* 3. *C. de veter. num. potest.* Non potest ergo creditor refragari, si mutuatarius ei offerat novam monetam jussu Principis percussam. Nec turbat, quod in laudata *l.* 1. ajunt Imperatores: *modo ut debiti ponderis sint, et speciei probae.* Nam cujus ponderis esse debeant nummi, cujus speciei, decernit idem Imperator: sequitur, ut debitum pondus, et species proba illa sit, quam voluit, ac jussit Imperator. Accedit, quod pro denariis, quos accepit mutuatarius, solvere posset aureos, dum solveret eamdem aestimationem, ut in superioribus est demonstratum: quidni igitur possit solvere denarios ejusdem speciei, ejusdemqoe aestimationis? si aureos solveret, hoc tantum quaereretur, an sit ejus qualitatis, ejusque ponderis, quod publice fuit designatum: quidni idem sufficere debet, si denarios solvat?

7 Atque eo magis, quod nullum damnum passurus est creditor ex solutione novae, cum sit ejusdem potestatis, ejusdem aestimationis, cujus erat moneta vetus, quam mutuatus fuit. Itaque nulla causa est; cur eam accipere recuset, et si recusaverit, cogendus erit argumento *l. creditorem ff. de solut.* quam in superioribus latissime exposuimus.

8 Respondent quidam, quod damnum patitur creditor, quia nummis hisce novis deterioribus non potest comparare totidem nummos veteres, quos mutuos dedit. Quasi vero pecunia sit introducta et instituta, ut cum alia pecunia permutetur. Imo fuit inventa ad tollendas difficultates permutationum *l.* 1. *ff. de contr. empt.* Aliud est pecunia, aliud merx: pecunia merces omnes aestimantur, non mercibus pecunia *d. l.* 1. *et l. si ita fidejussorem* 42. *ff. de fidejuss.* Potest igitur creditor easdem merces nova pecunia sibi comparare, quas potuisset pecunia vetere, quam mutuam dedit: cum mutata non fuerit aestimatio. Nullum ergo damnum patitur. Illud etiam falsum est, quod non possit sibi totidem nummos veteres comparare. Quidni possit, si eadem est aestimatio? Damnum diminutione patrimonii aestimatur *l.* 3. *ff de damn. infecto*, non si lucro aliquo careat.

Postremo moveor exemplo Romanorum, quorum jure utimur. Mutatio intrinseca monetae duobus modis contingere potest: nam potest minui pondus monetae eadem materia retenta: potest eodem retento pondere ex viliore materia cudi. Utriusque mutationis in historia Romana habemus exempla. Plinius utriusque mutationis meminit *lib.* 33. *cap.* 3. *librae autem pondus aeris imminutum bello Punico. Primo, cum impensis Resp. non sufficeret, constitutumque, ut asses sextantario pondere ferirentur. Ita quinque partes factae lucri, dissolutumque aes alienum*, etc. *Postea Annibale urgente Q. Fabio Maximo Dictatore asses unciales facti, placuit denarium sexdecim assibus permutari*, etc. *Ita Resp. dimidium lucrata est. In militari tamen stipendio semper denarius pro decem assibus datus*, etc. *Mox lege Papiria semunciales asses facti. Livius Drusus in Tribunatu plebis octavam partem aeris argento miscuit.* En utramque mutationem. In his verbis plura sunt observanda. Primum, quod Resp. cum antea librales asses essent, duarum unciarum ponderis eos percussit, et dextantem lucrata, dissolvit aes alienum. Solvit igitur creditoribus eadem aestimatione asses sextantarios, cujus erant antea librales. Permisit igitur id et privatis debitoribus: alias captio fuisset. Secundo quod in altera assis diminutione aliquantulum diminuta fuit etiam assis aestimatio peraequa proportione ad sestertium, atque denarium. Nam cum prius sestertius duobus assibus cum dimidio, denarius decem assibus valeret; exinde coepit sestertius quatuor assibus, sexdecim denarius permu-

tari. In se ipso tamen vilior fuisse non videtur: alioqui Resp. dimidium lucrata non fuisset. Ideo decem asses, quos pro diurno stipendio antea solvebat, deinceps quoque solvit, nec numerum auxit, licet auctus esset numerus assium, quos continebat denarius. Itaque vere non denarius exinde fuit stipendium militare, sed decem asses, quot in veteri denario continebantur. Et ita Plinius est intelligendus. Tacit. *lib.* 1. *annal. c.* 17. *Enim vero militiam gravem, infructuosum, denis in diem assibus animam et corpus aestimari.* Deinde: *Nec aliud levamentum, quam si militia certis sub legibus iniretur, ut singulos denarios mererent.* Seditiosi milites non contenti decem assium stipendio, flagitabant, ut ad denarium augeretur, videlicet usque ad sexdecim asses. Verum tamen denarius licet auctus assium numero, auctus pretio non videtur fuisse. Argumento est, quod semper drachmae Atticae aequalis habitus fuit, ut constat, Latinos auctores cum Graecis conferendo. Tertio, quod cum lege Papiria asses facti essent semunciales diminuto pondere, nec eorum pretium fuit diminutum, nec auctus numerus assium, quibus valebat denarius, qui semper sexdecim assibus fuit aestimatus. Quarto, quod Livius Drusus etsi octavam partem aeris argento miscuerit, non tamen sestertii ac denarii pretium minuit. In aureis quoque frequens, imo frequentior fuit mutatio. Plinius *lib.* 33. ex auri libra quadraginta aureos cusos fuisse refert, postmodum quadraginta quinque, si numeri corrupti non fuerint, ut putat Budaeus. Constat sub primis Imperatoribus XLVIII. aut L. cudi solitum, postea sensim pondus adeo decrevisse, ut ex libra auri ferirentur solidi septuaginta duo. Hinc aurei Antoniani, Valeriani, Philippei. Aureliani apud scriptores historiae Augustae, ut alii ab aliis distinguantur: quemadmodum etiam argentei, nempe denarii, his nominibus invicem secernuntur. In tanta pecuniae mutatione nunquam legimus, neque apud Historicos, neque apud veteres Jurisconsultos disputatum, aut dubitatum fuisse, utrum in vetere, an in nova moneta solutio esset facienda. Sveton. *in Nerone c.* 44. *Exegitque ingenti fastidio, et acerbitate nummum asperum, argentum pustulatum, aurum obryzum, ut plerique omnem collationem palam recusarent, consensu flagitantes a debitoribus potius revocanda praemia, quaecumque cepissent.* Quid si debitores propter monetae mutationem coacti fuissent, non ab Imperatore, sed a privatis creditoribus veterem monetam conquirere? quam vehementer reclamassent? quam obstinate recusassent? Nero non certam speciem monetae exigebat: poterant solvere nummos aereos, argenteos, aureos: dum aerei essent asperi, hoc est, recens conflati, non usu detriti, alii ex argento, auroque diligenter excocto, puroque, ut nihil esset admixtum; debitores autem ad certam speciem pecuniae conquirendam fuissent adstricti. Sed nos hac de re certiores facit Sallustius *de Conjur. Catil. Saepe majores nostri miserti plebis Romanae, decretis suis inopiae ejus opitulati sunt. Ac novissime memoria nostra propter magnitudinem aeris alieni, volentibus omnibus bonis, argentum communi aere solutum est.* Non potest dubitari hic agi de debitoribus ex mutuo, cum paulo ante acriter questus fit de crudelitate foeneratorum. Haec pluribus persecutus sum, quia quidam paucis verbis hoc argumentum eludunt, dicentes se non quaerere, quid aliquando factum fuerit, sed quid fieri debeat ratione legis, et aequitatis, et legibus, non exemplis, esse judicandum. Quasi non legibus, et ratione cuncta confirmaverimus, sed Poetarum figmentis, et hoc postremum argumentum legibus non innitatur, sine quibus pecunia mutari non potest.

Verum enim vero ipsi, qui leges a 10
nobis exigunt, nulla lege fulciunt opinionem suam. Etenim *c. quanto de ju-*

rejur. tam alienum est a nostra controversia, quam quod maxime. Quaesivi a S. P. Petrus Aragoniae Rex, an posset, aut deberet reprobare falsam monetam Reip. damnosam, quam se minime reprobaturum juraverat. Quid hoc cum mutui solutione?

11 Nihil pariter momenti est in *c. olim* 20. *de Censib.* Clerici plebis Rupinae solvebant Episcopo Spoletano quotannis sex denarios Papienses. Pro quolibet Papiensi coeperunt solvere tres Lucenses, qui erant ejusdem aestimationis, quos Episcopus non invitus accipiebat per text. *in l. creditorem* 99. *D. de solut.* Postmodum diminuto denariorum Lucensium pretio, adeo ut septem Lucenses cum dimidio conficerent aestimationem unius Papiensis, prosequebantur Clerici solvere tres dumtaxat novos denarios Lucenses in singulos Papienses: reclamavit Episcopus: merito, quia non poterat cogi ad accipiendos nummos in aliam formam, cum ex eo damnum passurus est *d. l. creditorem.* Decrevit Summus Pontifex, solvendos esse quotannis sex denarios Papienses, vel eorum aestimationem. Denarii Papienses, qui debiti erant, mutati non fuerant, nec extrinsecus nec intrinsecus: itaque non hoc erat controversum, sed utrum Clerici praescripsissent jus solvendi tres denarios Lucenses pro uno Papiense, ut liquido constabit legenti totam constitutionem.

12 Non multo majoris momenti est argumentum, quod ducitur a *c. cum canonicis penult. de Censib.* nam in eo non exprimitur genus monetae, neque quod voluerint solvi monetam recens cusam. Colligi tamen potest ex *c.* 3. *antiqu. collect.* 2. relato ab Anton. August. quo idem omnino factum continetur, eademque decisio, cuncta iisdem fere verbis. Praesbiter pro pensione suae Ecclesiae aliquotannis persolverat certam pecuniae summam: Canonici ab eo exigebant sibi ex integro solvi ex pecunia Parisiensi, quae majoris erat valoris: itaque volebant augere pensionem. Respondit Urbanus III. Canonicos illos atiqua pensione contentos esse debere. Nihil ad rem nostram. Nam id versabatur in quaestione, an obtentu pecuniae Parisiensis liceret Canonicis majorem pensionem exigere, quam initio fuisset constituta; et huc referuntur illa verba: *solutione prioris pecuniae, vel si non sit in usu, aestimatione pensionis antiquae facias manere contentos.* Videndi Anton. Aug. *d. collect.* 3. *c.* 3. et Gonsal. *in hoc c. penult.* qui hoc explicat accuratissime.

CAPUT XIIII.

Ad L. creditor 102. *ff. de solution.*

SUMMARIUM.

I. Debitor pecuniam offerens, purgat moram, et creditorem recusantem in mora constituit.
II. Rei periculum pertinet ad creditorem. Hoc responsum singulare.
III. Vulgaris DD. interpretatio rejicitur et n. IV. V. VI.
IV. Scaevola diligentissimus in factis enarrandis, in responsis prudentissimus.
V. Mora non committitur si oblatio vel interpellatio non fiat opportuno loco et tempore.
VII. Mora, quae creditori non nocet multo minus debitori potest nocere.
VIII. Æstimatio vel quantitas perire non potest, quamvis corpus pereat; eaque semper debetur.
IX. Non idem est in speciebus in quibus corpus non perit.
X. Affertur ratio decisionis nostri textus.

Difficilius est, quam plerique opinantur, Scaevolae responsum in *l. creditor* 102. *in princ. ff. de solut. Creditor oblatam a debitore pecuniam, ut aliam die accepturus, distulit.* Perspicuum est, creditorem in mora esse. Nam etsi debitor ante fuisset in mora, tamen offerendo pecuniam, purgat moram, et in mora constituit creditorem recusantem accipere pecuniam sibi oblatam, *l. illud* 17. *D. de peric. et comm. rei vend. l. qui decem* 72. *in princ. D. de solut. l. interdum* 73. *in fin. D de V. O. l. sed etsi* 17. *D. de constit. pecun. l. hujusmodi* 84. *§. si cui homo, D. de leg.* 1. *l. stipulatus* 105. *D. de V. O.* His 1

legibus illud etiam continetur, rei periculum ac detrimentum ad creditorem pertinere *l. in re furtiva* 8. *in princ.*
2 *D. de condict. furt.* Contrarium tamen in hac lege respondit Scaevola, detrimentum non esse creditoris; si pecunia, quam debitor obtulit, postea jussu Praesidis tamquam aerosa fuerit sublata. Quam plurimi ex nostris aerosam vocant pecuniam aeream. Stulte. Pecunia aerosa est pecunia argentea, vel aurea, cui plurimum aeris est admixtum. Plin. *lib.* 34. *cap.* 1. de aere conflando. *Fit et e lapide aeroso, quem vocant cadmiam.*
3 Plerique omnes interpretes facillime ex his angustiis evadunt. Ajunt enim, debitorem non obtulisse pecuniam opportuno loco, et tempore. Mihi vero persuasissimum, eos hariolari, non legem interpretari. Nullum enim verbum est in lege, nulla conjectura, unde hoc assequi possimus. Imo omnia conspirant, ut contra, ac dicunt, sentire nos co-
4 gant. Scaevola, qui coryphaeus legum prudentum a Modestino appellatur in *l. scire oportet* 13. §. *aliud D. de excus. tut.* et prudentissimus ab Imperatoribus in *C. Theod. tit. de test. l.* 3. diligentissimus est, et profusus in factis enarrandis, et nihil unquam omittit, quod ad solvendam propositam quaestionem conducere possit: expositoque facto secundum ea, quae proponuntur, respondet, quid juris sit. Quod si de facto dubitetur, nihil definit: sed respondet de jure non quaeri, ut in *l. Sejae* 20. *in fin. ff. de inst. vel instrum. legat.* vel facti quaestionem esse. Profecto quicumque consuetudinem respondendi a Scaevola semper usurpatam observaverit, non poterit in animum inducere Scaevolam in hac lege factum omisisse, ex quo tota causa, et quaestionis resolutio pendet: eo magis, quia nec id quaestionis esset, cum certum sit moram
5 non committi, si interpellatio, et oblatio non fiat opportuno loco, et tempore *l. mora* 32. *ff. de usur.* justa enim dilatio non inducit moram, nec periculum transfert *l. sciendum* 21. *cum seq. ff. de usur. l. si pupillus* 127. *ff. de V. O. l. cum filiusfam.* 49. §. *ult. ff. eodem.* Num igitur Scaevolae existimationi audemus illudere cum Claudio in *l. a testatore* 109. *ff. de condit. et dem. Magno ingenio de jure aperto respondit, cum potest dubitari an in proposito conditio esset?* Ego certe hoc facere non ausim. Quinimo Claudium sine causa Scaevolam puto reprehendisse: cum enim respondit: *heredem conditioni parere non posse:* hoc ipso declarat, verba exposita conditionem facere.

Sed omnem tollunt dubitationem postrema responsi verba: *Respondi secundum ea, quae proponerentur, nec creditoris, nec tutoris detrimentum esse.* Quid proposuit de creditore? Nempe hoc dumtaxat: creditor oblatam sibi a debitore pecuniam, ut alia die accepturus, distulit. De inopportuno loco, et tempore ne verbum quidem. Temere igitur affirmant, Scaevolam respondisse de pecunia oblata tempore aut loco inopportuno. Si hac de re respondit, utique non respondit secundum ea, quae proponerentur, quia haec ibi non proponuntur. Aut igitur falsum est, quod ait Scaevola, aut id, quod ajunt interpretes. Constat ergo, Scaevolam respondisse simpliciter et absolute de creditore, qui, ut alia die accepturus, distulit: hoc enim initio legis decidendum proponitur. Et observandum est, quod creditor non distulit, ut alio loco accepturus, quamobrem fictum est et commentitium, quod de loco inopportuno somniant interpretes. Item quod non distulit, ut 6
accepturus die conventa, et condicta, sed alia die: quae verba nullum certum diem praestituunt ac definiunt, ut norunt omnes latine scientes: et ita usurpatur in legibus nostris *l. cum alii C. de curat. fur. l. invitus* 156. §. *cum quis ff. de R. J. l. si fundum* 18. §. *si libertus ff. de leg.* 2. Veteres autem JC. cum de periculo et detrimento rei debitae pertractant, semper exprimunt

diem conventum, praestitutum solutioni, ut in *l. vinum* 22. *vers. si dictum, ff. de reb. cred. l. ult. ff. de condict. tritic. l. magnam C. de contr. stipul. l. qui sine* 38. *ff. de negot. gest.*

His probatis consequens est nec debitori moram nocere, argumento *l. Arrianus* 47, *ff. de O. et A. l.* 3. *in fin. ff. mand.* Nam si mora non nocet creditori, multo minus nocere debet debitori: si non nocet actori, multo minus reo: est enim haec quaestio de bono et aequo, *l. si servum* 91. §. *sequitur ff. de V. O. l. apud* 4. §. *Marcellus* 3. *ff. de dol. mal. et met. except.* Magis excusandus est debitor, qui interpellatus non solvit, vel quia in promptu pecuniam non habet, vel quia propter inopiam parare non potest *l. nam* 6. *ff. de dol. mal.* quam creditor, qui oblatam sibi pecuniam recusat accipere.

Jam vero causam, cur id constitutum fuerit in pecunia numerata, quam potero planissime, aperiam. Illud ratum, firmum, fixumque esse oportet, quod in superioribus semper insinuavimus, nummos in contractum mutui, non ratione corporis, sed aestimationis, et quantitatis deduci ex *l.* 1. *ff. de contrah. empt.* Quocirca id, quod debetur, perire non potest, atque adeo nec liberari debitor
8 ab obligatione *l. si ut certo* 3. §. *etsi forte ff. commod. l. plerumque* 10. *in princ. D. de jur. dot.* Potest quidem perire corpus nummorum, potest etiam perire totum genus certae cujusdam pecuniae, ut in nostra *Leg. Creditor*, ubi pecunia illa, qua Respublica utebatur, quasi aerosa sublata fuit jussu Praesidis: sed aestimatio quam debet mutuatarius, neque perire potest, sed nec variare, cum ab initio contracta fuerit obligatio in certa aestimatione, quae non est affixa huic, vel illi generi monetae, adeoque ea perempta, vel mutata possit, ac debeat in alio genere monatae solvi ea aestimatio, de qua inito convenit inter contrahentes *l. fundum* 28. *D. de*
9 *novat. c. cum canonicis de Censib.* Frumenti, vini, olei genus perire non potest, quia est a natura, quae immutabilis est: neque harum rerum certa est aestimatio, quia mutatur in dies: neque in obligationem deducuntur ratione aestimationis, sed corporis. Idcirco frumentum pro frumento, vinum pro vino, oleum pro oleo restituendum *l.* 2. §. 1. *D. de reb. cred.* et si post moram creverit, vel decreverit aestimatio, id cedit damno moram facientis, et alterius emolumento, secundum pervulgatam regulam: unicuique sua mora nocere debet *l. in condemnatione* 173. §. *unicuique D. de R. J.* Quamobrem ut constet, an ex mora quisquam damnum patiatur, aestimanda res est eo modo, qui traditur in *l. vinum* 22. *D. de reb. cred.* in *l. ult. D. de condict. tritic.* in *l. si sterilis* §. *cum per venditorem D. de act. empt. l.* 3. §. *in hac D. commod.* Haec autem locum non habent in pecunia numerata, cujus certa est, et a lege praescripta aestimatio *l.* 3. *D. de in lit. jur.* atque ideo ad eam restituendam mutuatarius obligatur, et eodem modo tenetur post moram, quo ante moram tenebatur. Debitor enim post moram, etiamsi fur sit, tenetur in aestimatione rei, si periit *l. in re furtiva* 8. *in prin. D. de condict. furt.* Mutuatarius autem 10
pecuniae in aestimationem tenetur etiam ante moram, ut in superioribur demonstravimus. Nihil igitur ei officere mora potest. Nec potest teneri ad id, quod interest, cum nihil intersit creditoris, qui recipit aestimationem, quam dedit *d. l.* 3. *D. de in lit. jur.* Quapropter sive perempta et sublata fuerit pecunia, sive vilior facta, nullum damnum patitur, cum ei solvitur aestimatio, quae ipsi abest. Nec allegare potest, se potuisse lucrum facere negotiando: hoc enim in mora non aestimatur *l. si sterilis* §. *cum per venditorem ff. de act. empt.* Eadem est ratio creditoris, cui salvum semper est jus suum, sive intereat pecunia, sive deterior fiat tam ante, quam post suam moram, quia non

interit, aut fit deterior res debita, cum ei non debeatur hoc, vel illud nummorum genus, qui perierunt, aut deteriores et viliores facti sunt; sed certa aestimatio, certa quantitas, quae tempore interire, ac mutari non potest. Concludam igitur. Omnes controversiae, quae existunt propter interitum, mutationemque monetae, facillime explicantur, et expediuntur, si illud firmum, fixumque teneamus, mutuatarium teneri ad restituendum tantumdem aestimationis, non tantumdem corporis, et materiae.

CAPUT XIV.

Ad l. qui servum 34. ff. de oblig. et action.

SUMMARIUM.

I. Dissidium veterum J. C. circa concursum actionum poenalium.
II. Quid obtinuerit.
III. Hujus dissidii in Faodectis multa vestigia.
IV. Collidi ioter se actiones poenales, tradit Modestinus et Paulus.
V. Ulpiani sententia probalor.
VI. Ex unico facto plures poenae toendae, si plura delicta contineat.
VII. Idem est, si uuicum factum plures contineat injurias.
VIII. Alia est aestimatio damni, alia contumelia.
IX. Explicatur L. 8. de injur.
X. In quo vera Paulus ab Ulpiano dissenserit.
XI. Quomodo conciliari possint.
XII. Utraque actione nos experiri posse, quomodo iotelligatur.

1 Non potest dubitari, varias, ac dissidentes fuisse veterum Jurisconsultorum opiniones circa concursum actionum poenalium, ac mixtarum: an se invicem eliderent, atque consumerent. Hac de re dubium controversumque jus fuisse fatetur Paulus in hac Lege in principio, ubi varias recenset opiniones. Luculentior testis est Hermogenianus in *l. cum ex uno* 32. *D. eod. Cum ex uno delicto plures nascuntur actiones, sicut evenit, cum arbores furtim casae dicuntur, omnibus experiri permitti post magnas varietates obtinuit.* Demonstrant haec verba diu multumque sententiis fuisse variatum apud antiquiores Jurisconsultos. Cum autem Hermogenianus floruerit imperante Diocletiano, videlicet multo post Paulum et Ulpianum, et alios ejus saeculi Jurisprudentes, ambigendum non est, eo saeculo auctores juris in magna varietate, ac dissensione fuisse; tandem vero obtinuisse sententiam eorum, qui existimabant permittendum esse actori omnibus actionibus experiri. At- 2
que id approbavit legislator noster *in l. si quis servo* 20. *C. de furt.* et in *§. ult. instit. tit. si quadrup. pauper. fec. dic.* in quo unicum est factum et unicum delictum, et tamen utraque actio potest exerceri, utraque poena exigi. Licet enim duo facta videri possint, duo delicta: alterum detinendi animal noxium, qua vulgo inter fit, quod edicto aedilium prohibetur: alterum nocendi, et damnum dandi: tamen unicum est delictum damni dati, quia tam lege duodecim tabularum, quam aedilitio dicto, punitur solummodo damnum datum ab animalibus *l. qua vulgo* 32. *ff. de aedilit. edict.*

3 Verumtamen quamvis jamdiu fuisset explosa sententia eorum, qui putabant actiones invicem collidi, atque consumi, tamen juris nostri conditores multa in Pandectis hujus dissidii vestigia reliquerunt. Modestinus enim in *l. plura delicta* 53. *D. de oblig. et action.* contra sentit. *Plura delicta in una re plures admittunt actiones, sed non posse nos omnibus uti probatum est: nam si ex una obligatione plures actiones nascantur, una tantummodo, non omnibus utendum est.*

4 Paulus quoque in nostra *l. qui servum* 34. *in princ. ff. de obl. et action.* proponit servum alienum injuriose verberatum, et ait competere quidem utramque actionem, et injuriarum, et legis Aquiliae: an autem altera alteram consumat, duas refert opiniones, ac neutram probat; statuitque alteram quidem actionem ab altera non excludi, sed a-

ctorem posteriore actione id tantummodo, quod in ipsa amplius est, consecuturum.

5 Contra Ulpianus in *l. item apud Labeonem* 15. §. *si quis servo* 46. *D. de injur.* idem factum proponit, et multo aliter respondet: ait enim: *Si quis servo verberato injuriarum egerit: deinde postea damni injuriae agat, Labeo scribit eamdem rem non esse, quia altera actio ad damnum pertineret culpa datum, altera ad contumeliam.* Quasi dicat non eamdem rem petere, aut exigere, qui post injuriarum actionem agit ex lege Aquilia: adeoque non facere contra dispositionem textus in *l. bona fides ff. de R. J.* ad cujus normam dirigenda est tota ratio harum actionum in judicium deducendarum: et recte quidem, ut mea fert sententia. Quid enim commune habet contumelia cum damno? Dominus servi duplex incommodum sustinet, detrimentum existimationis, et damnum rei familiaris. Quid causae est, cur non utrumque ei sarciri, ac refici debeat? Injuriose verberans servum alienum duo delicta committit inter se distincta, ac separata: laedit existimationem domini, laedit et ejus rem familiarem in corpore servi facto deteriore: quidni igitur subeat poenam utriusque delicti? cur delictum ei praestare debet impunitatem alterius delicti? Neque haec duo delicta inter se miscentur, et confunduntur. Si injuriam servo fecisset, solveret integram aestimationem injuriae, et contumeliae domino illatae, quamvis servi corpus nulla in parte laesisset. *l. item apud Labeonem* §. *itaque praetor* 44. *cum* §. *antec. ff. de injur.* Si damnum culpa sua dedisset in corpore servi sine ulla domini injuria, integrum damnum sarcire teneretur: *l. si quis servum* 27. §. *tertio autem capite ff. ad Leg. Aquil.* §. *illud palam instit. tit. eod.* Ergo et si haec duo delicta simul conjunxerit, utriusque poenam debet persolvere; delictum enim non minuit aliud delictum *l.* 2. *ff. de privat delict.*

Quid? quod explorati juris est, quod 6
quoties unum idemque factum duo delicta diversa, atque distincta comprehendit, reus tenetur utriusque delicti poenam persolvere. Ulpianus in *l. Neratius* §. *quamvis ff. de servo corrupt. Quamvis autem rerum subtractarum nomine servi corrupti competat actio, tamen et furti agere possumus, ope enim et consilio sollicitatoris videntur res abesse: nec sufficit alterutra actione egisse, quia altera alteram non minuit.* Unicum est factum sollicitationis, sed duo continet delicta, quibus dominus damno afficitur: furtum rerum, et servi corruptelam; igitur utriusque poenam reus persolvat necesse est. Quas poenas persolvere debet, etiamsi vere neque servus fuerit corruptus, neque furtum admissum *l. si quis servo* 20. *C. de furt.* §. *sed etsi instit. tit. de obligat. quae ex quasi delict. nasc.*

Idem Ulpianus in *l. qui servandarum* §. 1. *ff. de praescrip. verb. Sed etsi servum quis alienum spoliaverit, isque frigore mortuus sit: de vestimentis quidem furti agi poterit: de servo vero in factum agendum; criminali poena adversus eum servata.* Et hic est unicum factum spoliationis, duo vero delicta, furtum, et homicidium.

Papinianus in *l. inter liberas* 6. *in princ. ff. ad Leg. Jul. de adulter. Quod autem attinet ad servas stuprum passas, et Legis Aquiliae actio facile tenebit, et injuriarum quoque competit, non erit deneganda quoque Praetoria actio de servo corrupto, neque propter plures actiones parcendum erit in hujusmodi crimine reo.* Unico facto tria delicta continentur, injuria, damnum, ancillae corruptela: et singula detrimentum domino afferunt, ed ideo omnium poenam debet consequi dominus. Concurrit hic actio Legis Aquiliae cum actione injuriarum, nec altera alteram minuit, nisi quis dicat hoc evenire propter atrocitatem criminis: ibi: *in hujusmodi crimine.* Sed hoc addit Papinianus ad confir-

mandam sententiam, et tollendam omnem dubitationem; non quod id sit in hoc crimine singulare. Ut enim si eodem facto duo crimina contineantur, super utroque debet judex cognoscere, et de utroque sententiam ferre, ac reum condemnare *l. qui de crimine* 9. *C. de accusat.* ita et in privatis delictis, in quibus pariter est constitutum, ut delictum ob aliud delictum poenam non minuat, *l.* 2. *in princ. ff. de privat. delict.*

7 Nec aliter est constitutum in delicto injuriarum. Nam si ex unico facto duae pluresve promanent injuriae, omnes vindicandae, omnium poena subeunda, etiam si ejusdem generis sint delicta. In *l.* 1. §. *ult. ff. de injur.* Ulpianus. *Idem ait Neratius: ex una injuria interdum tribus oriri injuriarum actionem: neque ullius actionem per alium consumi, ut puta, uxori meae, filiaefamilias injuria facta est: et mihi, et patri ejus, et ipsi injuriarum actio incipit competere.* Idem Neratius in *l. pater* 42. *ff. eod. Pater, cujus filio facta est injuria, non est impediendus, quominus duobus judiciis et suam injuriam persequatur, et Filii.* Addit Justinianus in § *patitur inst. tit. de injuriis*, aliquando quatuor personis ex una injuria oriri actionem injuriarum: nam si maritus cujus uxori facta est injuria, sit in potestate patris, etiam ipse pater mariti seu socer filiaefam. cui allata est injuria, habet actionem injuriarum.

8 Neque ullius momenti est ea ratio, quam refert Paulus in laudata *l. qui servum. Quoniam desiit bonum, et aequum esse, condemnari eum, qui aestimationem praestitit.* Quam enim aestimationem praestitit? nempe damni, non injuriae: alia autem est aestimatio damni, alia contumeliae. *l. item apud Labeonem*, §. *si quis servo*, *ff. de injur.* Imo nihil commune habet aestimatio damni cum aestimatione injuriae. In damno aestimatur, quantum res ipsa, in qua damnum datum est, deterior facta est; et haec aestimatio semper eadem est, neque crescit, aut decrescit pro conditione domini, qui damnum passus est. §. *capite tertio cum seq. inst. tit. de Lege Aquil. l. si servus.* 27. §. *tertio autem ff. eod.* In injuria autem aestimatur detrimentum aestimationis domini, et haec aestimatio non in omnibus dominis eadem est, sed crescit pro conditione, ac dignitate dominorum; imo et pro conditione ejus, qui injuriam intulit, et pro qualitate ipsius servi. §. *poena in fin. et* §. *atrox instit. tit. de injur.* Damnum aestimatur secundum veritatem, injuria secundum opinionem, et aestimationem ejus, qui injuriam passus est. *d.* §. *poena.* nam damnum in re, injuria in opinione consistit. Quae igitur ista aequitas est, ut qui praestitit aestimationem alterius omnino diversae, non debeat alterius aestimationem praestare? Multo rectius igitur 9
responderunt Imperatores Diocletianus, et Maximianus in *l. dominum* 8. *C. de injur. Dominum pro atroci injuria, quam servus ejus passus est, edicti perpetui actione proposita, qua damni etiam haberi rationem, verbis evidenter exprimitur, agere posse convenit.* Vix admitti posse videtur edicto nominatim fuisse comprehensum, ut in actione injuriarum damni etiam ratio haberetur. Quid est enim, quod quidam putabat eum, qui agit injuriarum, posse postea agere actione legis Aquiliae: contra vero qui agit actione legis Aquiliae, non posse postea agere injuriarum? Si illud fuisset expressum in edicto, contrarium potius fuisset statuendum: nec poterant in controversiam vocari, quae disputat Paulus in nostra *lege qui servum* 34. *in princ.*

Ex his eo certius apparet verissimum esse, quod tradidit Ulpianus in laudata *l. item Labeo* §. *si quis servo ff. de injur.* nempe quod in actione injuriarum, qua agit dominus pro injuria facta servo, duae fieri debent aestimationes, altera damni, altera contumeliae: non exigit eamdem rem, qui utrumque exigit. Itaque meo judicio ita se res habet.

Cum solum atrox verberatio servi redundet in contumeliam domini, et pro ea vindicanda injuriarum actionem habeat. §. *servis instit. tit. de injur. l. item apud Labeonem* §. *praetor ait*: *qui*, 34. *ff. de injur.* et injuria crescat ex atrocitate damni, ex conditione servi pulsati aut verberati. §. *poena*, *instit. tit. de injur.* vix fieri potest justa, ac legitima injuriae aestimatio, nisi simul fiat aestimatio etiam damni. Cum igitur hae duae aestimationes sint adeo inter se conjunctae atque connexae, judex utriusque rationem habere debet, petente id actore, cujus plerumque non interest postea rursus novum judicium instituere, et agere actione Legis Aquiliae. Quamobrem si actor cavere paratus sit, se postea Legis Aquiliae actione non acturum, judex in utramque aestimationem debet reum condemnare. *l. si a domino* 36. §. *si possessor ff. de pet. hered.* Ibi: *Pomponius ait actorem debere eligere, utrum velit sibi eum condemnari, ut caveat se non acturum lege Aquilia, an malit integram sibi esse actionem legis Aquiliae, omissa ejus rei aestimatione a judice.* Et in *l. non solum* 13. *cum seq. ff. de rei vindic. Unde quaeritur, an non alias judex aestimare damnum debeat, quam si remittatur actio legis Aquiliae: et Labeo putat, cavere petitorem oportere lege Aquilia non acturum, quae sententia vera est. Quod si malit actor potius actione legis Aquiliae uti, absolvendus est possessor.* Facit *text. in l. unde quaeritur* 7. §. 1. *vers. nam etsi adversus, ff. commod.* Praetor igitur edicto cavebat, ut si actor mallet in ipso injuriarum judicio damnum aestimari, quam postea agere Lege Aquilia, posset id consequi; nam et de damno formulam praescriptam habebat, ad quam litem accomodabat. Eleganter Cic. *in Oratione pro Roscio Comaedo. Expressae sunt enim ex uniuscujusque damno, dolore, incommodo, calamitate, injuria publicae a Praetore formulae, ad quas privata lis accommodatur.*

Et hanc esse germanam sententiam Caesarei rescripti in laudata *l. dominum, C. de injur.* nullus dubito: cui non adversantur ea quae traduntur a Paulo in nostra *l. qui servum in princ.* de danda actione Legis Aquiliae post actionem injuriarum. Praetor enim jubebat aestimari damnum in judicio injuriarum, ejusque rationem haberi volente actore: coeterum si actor ex causa damni mallet agere actione Legis Aquiliae, et no-
vo judicio damnum persequi, id Prae- 10
tor minime prohibebat. In eo fuit nimio plus lenior Paulus, quod putavit, reum non in utramque aestimationem condemnandum, sed solum in id, quod amplius est in actione Legis Aquiliae, qua in re ab aliis, ac praesertim ab Ulpiano dissensisse non ambigo, qui duas aestimationes faciendas esse statuit, unam damni, alteram contumeliae, tum in laudata *l. item apud Labeonem* §. *si quis servo ff. de injur.* tum in *l. sed etsi quaecumque* 5. §. 1. *ff. ad leg. Aquil.* cujus sententiam probarunt Imperatores in laudata *l. dominum*, *C. de injur.*

Verumtamen quoniam jus nostrum 11
contrariis, et pugnantibus legibus conflatum esse non debet, malo nimis ingeniosus in interpretando videri, quam minus religiosus in affirmando, contraria Jurisconsultorum responsa Pandectarum conditores, ingessisse. Tentari igitur potest, non dissidere Paulum, et Ulpianum: licet enim in actione injuriarum facienda sit aestimatio tum contumeliae, tum etiam damni dati in corpore servi, et utriusque ratio habenda sit a judice, laudata *l. dominum C. de injur. l. item apud Labeonem* §. *si quis servo D. de injur. l. sed etsi* 5. §. 1. *ff. ad Leg. Aquil.* tamen damnum cujusmodi est vere, ac sine additamento aestimatur, ut in actionibus rei persecutoriis, de quibus paulo ante dictum: non vero juxta computationem

Legis Aquiliae. Itaque si prius agatur actione injuriarum, nec renuncietur actioni Legis Aquiliae, et in actione Legis Aquiliae sit aliquid amplius, quam in aestimatione veri damni, quam consequutus est actor priore actione, poterit agere ex Lege Aquilia, ut quod in ejus aestimatione amplius est, consequatur. Item si judex in aestimatione damni non condemnaverit, agi poterit actione Legis Aquiliae, ut integra aestimatio damni praestetur; tantumdem enim amplius est hoc casu in actione Legis Aquiliae, quam in actione injuriarum, in qua damni nulla fuit habita ratio. Quod si prius egerit actione Legis Aquiliae, postea agens actione injuriarum, aestimationem contumeliae consequetur. Nam aestimatio contumeliae non continetur in aestimatione damni: idcirco hoc ipsum amplius est in actione injuriarum quam in actione Legis Aquiliae.

12 Si cui minus arrideat haec interpretatio, dicat oportet, faciendam esse utriusque tum damni, tum contumeliae aestimationem, et utramque peti posse, non ut utramque actor consequatur, sed ut constet, quae sit plenior, ac pinguior aestimatio, ut in eam reus condemnetur, et si condemnatus fuerit in minorem ac tenujorem, rursus condemnetur in id, quod superest, et amplius est in majore, ac pleniore *l. quoties* §. 1. *ff. de oblig. et action.* Quod enim saepe traditur in jure nostro utraque actione nos experiri posse, vel postquam una actum fuit, alteram salvam remanere, non significat nos quicquid utrasque continetur consequi posse, sed quod in altera amplius est. Patet id conferendo textum *in l.* 1. *cum l. pen. ff. arborum furt. caesar.* et observando, quod utraque lex est ab eodem Paulo deprompta. In *l. pen.* ait quod si actor egerit actione Legis Aquiliae, salva remanet actio ex lege duodecim tabularum. In *l.* 1. idem ait, ita utramque dandam, ut judex ex posteriore deducat, id quod ex prima consecutus sit, et in reliquo condemnet. Atque ita Paulus conciliandus est cum Hemogeniano in *l. cum ex uno ff. de obl. et act.* Neque enim actio actionem consumit, sed utraque locum habet §. *ult. instit. tit. si quadr. pauper. fec. dic.* utraque potest in judicio exerceri: utraque possumus petere totum id, quod ea actione continetur: sed ad officium judicis pertinet, judicis partes sunt, ut ex altera deducat id, quod altera consecutus est actor: et si prius pleniore actione actum fuerit, postea minus plena; vel aeque plena, reum non condemnet, sed absolvat, *l. quoties* §. 1. *ff. de oblig. et action. l.* 1. *ff. arbor. furt. caesar.* Et hoc est fortasse, quod dixit Modestinus in laudata *l. plura delicta, ff. de oblig. et act.* una tantum nos uti debere, referendo id potius ad effectum et exitum, quam ad potestatem exercendae actionis secundum id, quod traditur in *l. nihil interest.* 112. *ff. de reg. Jur.* nihil enim interest, quis actione non utatur, an utatur ea, qua nihil consequi poterit. Imo nonne fatuus erit actor, qui cum possit actione pleniore agere, et uno judicio totum consequi, malit duo judicia exercere, quibus nihilo plus consequi possit, quam uno tantum.

CAPUT XV.

Ad eamdem L. qui servum 34. §. *ult. ff. de obl. et act.*

SUMMARIUM.

I. Post actionem commodati an maneat actio Legis Aquiliae: duplex Lectio textus.
II. Obtento simplo per unam actionem, id, quod plus est, per aliam obtineri non potest.
III. Exemplum concurrentium actionum a veteribus saepissime proponitur in Lege Aquilia, et quare.
IV. Paulus Ulpiano, et Gajo contrarius.
V. Proponitur ratio eos simul conciliandi.
VI. Electa actione Legis Aquiliae tolluntur aliae rei persecutoriae.
VII. Electa actione rei persecutoria, in ea damnum aestimari aequum est, ut renuncietur actioni Legis Aquiliae.
VIII. Expenditur textus justa Lectionem Florentinam.

IX. Desideratur optimorum Codicum fides pro Lectione *non remanere*

1 Rursus nobis res est cum Paulo quoad responsum ejus in eadem *l. qui servum* 34. §. *ult. D. de obl. et act.* cujus finem utro modo legas, in maximas difficultates incurres. Nam si legas, *non remanere*, pugnat Paulus cum omnibus aliis Jurisconsultis: Si vero legas *remanere*, pugnat ipse secum, sibique non constat, et ratio est contraria dicto. Verba Legis hujusmodi sunt: *et quidem post Legis Aquiliae actionem utique commodati finietur: post commodati, an Aquiliae remaneat in eo, quod in repetitione triginta dierum amplius est, dubitatur: sed verius est, remanere, quia simplo accedit, et simplo subducto locum non habet.* Agit hic Paulus de commodatario qui rupit vestimenta commodata, adversus quem commodator habet cum actionem commodati, tum actionem legis Aquiliae: ac de eodem agit Ulpianus in *l. Unde quaeritur* 7. *in fin. ff. commod.*

2 Si legas *non remanere*, non potuit planius explicare sententiam suam Paulus. Cum enim id, quod est in repetitione triginta dierum, accedat simplo, subducto simplo, quod consequutus est actor actione commodati, amplius peti non potest: sublato enim principali non subsistit accessorium *l. cum principalis D. de reg. Jur.* Apparet hoc in usuris ex mora debitis, quae cum sint accessio sortis, amplius peti non possunt, si reus ad solvendam sortem fuit condemnatus *l.* 4. *C. depos. l. in bonae fidei* 13. *C. de usur.* ac multo minus si sors fuerit exsoluta. *l. qui per collusionem* 49. §. 1. *D. de action. empt.* sive alio modo sublata sit actio sortis. *l. eos in princ. C. de usur.* Atque hoc eo certius est in proposita specie, quia quod amplius est in repetitione triginta dierum, non est quid distinctum ac separatum a damno, quod actione commodati consecutus est actor, sed cum eo est adeo conjunctum atque connexum, ut constituat unum idemque damnum, licet paulo plenius ac pinguius. Nam in utraque actione damnum, quod passus est commodator, aestimatur: in actione commodati aestimatur, quanti est in praesens; in actione Legis Aquiliae, quanti pluris fuit triginta diebus proximis: atque adeo eadem est aestimatio damni plerumque quidem aequalis, interdum vero aliquanto major aestimatio, quae sit ex Lege Aquilia. Vix est igitur, ut possit id, quod pluris est, et toto damno separari, eoque praestito peti aut deberi. Facit ad rem optimum Labeonis responsum in *l.*
Labeo 17. *ff. quem servit. am.* Non 3
alia de causa existimaverim, veteres Jurisconsultos, cum agunt de actionibus mixtis, quae cum aliis confligunt et colliduntur, saepissime uti exemplo actionis legis Aquiliae: nam in actione vi bonorum raptorum et ejusmodi caeteris, res est multo expeditior cum in iis poena distincta sit a simplo. Ac si obligatio ex Lege Aquilia non esset omnino distincta ab obligatione commodati; utique actio Legis Aquiliae non remaneret *l. plura delicta versic. nam si ex una ff. de oblig. et act.* aut si actione Legis Aquiliae quis peteret solum residuum, quod superest, detracto damno praesenti, quod obtinuit actione commodati: hoc enim subducto simplo locum non habet, ut recte respondit Paulus, quia simplo accedit, et cum eo ita commixtum est et insitum, ut unum constituat.

Sed hac lectione admissa confligit Paulus cum Ulpiano *in l. unde quaeritur* 4
7. *in fin. ff. commod.* et *in l.* 2. §. *quaesitum ff. de privat. delict.* Sed hoc minime mirum esset; Paulum enim ab Ulpiano dissensisse hac in re supra animadvertimus. Sed in eadem sententia videtur fuisse Gajus in *l. in rebus* 18. *ff. commod. Sive autem pignus, sive commodata res, sive deposita, deterior ab eo qui acceperit, facta sit; non solum istae sunt actiones de quibus loquimur, verum etiam Legis Aqui-*

liae: sed si qua earum actum fuerit, reliquae tolluntur. Nihil clarius. *Si qua earum fuerit*: nempe aut pignoratitia, aut commodati, aut depositi: ergo actio commodati et aliae similes rei persequutoriae consumunt ac tollunt actionem Legis Aquiliae. Idem tamen Gajus in *l. penult. ff. de vi bonor. raptor.* contrariam sententiam amplecti videtur: haec enim actio habet poenam distinctam a simplo, nempe a re rapta, nam triplum, quod poena est, cum simplo non confunditur. Iniquum igitur esset raptorem delicti poenam non persolvere *L. ita vulneratus* 51. *ff. ad Leg. Aquil. l. si a reo* 70. §. *ult ff. de fidejus. l. Stichum* 95. §. 1. *vers. sane ff. de solut.* Hoc autem in L. Aquilia non est adeo expeditum, cum in ea plerumque poena confundatur cum ipsa re: quod non ita esset, si actori aliquod damnum extrinsecus accidisset, veluti si ob mortem servi legatum, vel hereditatem amisisset, ut in laudata *l. ita vulneratus ff. ad Leg. Aquil.*

5 Verumtamen, ut Paulum cum Ulpiano conciliemus, dici potest, in nostra *l. qui servum* §. *ult.* Paulum solummodo quaerere, an post commodati actionem remaneat actio Legis Aquiliae in eo quod in repetione triginta dierum amplius est: haec enim sunt ipsa Pauli verba. Rectissime autem respondet in hoc *non remanere*, quia simplo accedit, et simplo subducto locum non habet. Non poterit igitur actor post commodati actionem intendere, ut sibi praestetur, quod amplius est in repetitione triginta dierum: sed agere debebit simpliciter actione Legis Aquiliae, ut sibi damnum sarciatur, et probato damno debebit illud aestimari, prout aestimatur in Lege Aquilia: judex tamen ex hac aestimatione damni deducere debebit aestimationem, quam actor obtinuit actione commodati, et in reliquum condemnare, *l.* 1. *ff. arbor. furt. caesar. l. quoties* 41. §. 1. *ff. de obl. et act.* Quantum autem attinet ad Gajum in *l. in rebus* 18. §. 1. *ff. commod.* tentari potest, verba illa: *Si qua earum autum fuerit, aliae tolluntur*, referenda esse ad actionem Legis Aquiliae, de qua in postremis verbis, quae haec antecedunt, egerat: quasi dicat: sed si hac actum fuerit, hoc est, actione Legis Aquiliae, tolluntur aliae, videlicet actiones depositi, commodati, pignoris, de quibus paulo ante egerat. Nam si verba illa generaliter accipiamus de quacumque actione, vel depositi, vel commodati, vel pignoratitia, absurde dicitur, quod aliae tolluntur. Nam tollitur tantummodo una Legis Aquiliae actio. Si depositi egero, tollitur solum Legis Aquiliae actio: idem si egero commodati vel pignoratitia: actio Legis Aquiliae cum omnibus aliis concurrit; contra vero aliae concurrunt cum sola Legis Aquiliae actione: ideoque actio Legis Aquiliae tollit omnes alias; aliae vero non possunt tollere nisi unam Legis Aquiliae actionem. Igitur Gaji sensus est, quod cum actione depositi, cum actione commodati, cum actione pignoratitis concurrit etiam actio Legis Aquiliae, ita tamen ut si hac actum fuerit, illae tollantur,

Quod si cui nimis violenta videatur 6
haec interpretatio, dici potest, quod si una actum fuerit, aliae tolluntur quoad rei persecutionem, non quoad damnum, ut indicatur in *l. sed actione* 50. *in fin. ff. pro soc.* quia utraque actio ad rei persecutionem respicit. Res igitur ita habet. Si actor prius egerit actione Legis Aquiliae, tolluntur aliae rei persecutoriae, quia rem ipsam consecutus est, nec bona fides patitur, ut eamdem rem bis exigat *l. nemo ex his* 43. §. 1. *ff. de reg. jur.* si vero noluerit agere actione Legis Aquiliae, sed elegerit actionem rei persecutoriam, vel quia actio Legis Aquiliae pinguior non sit, ut plerumque accidit, vel quia non possit probare damnum injuria datum ab ipso reo, ut requiritur in actione Legis Aquiliae, *toto tit. instit. de Lege Aquilia*: vel quia plus dispendii habitura sit haec pro,

batio quam compendii actio ipsa: tunc electa actione persecutoria, si petat in ea damnum aestimari, aequum est, ut
7 renunciet actioni Legis Aquiliae, idque officio judicis continetur *l. si a domino* 36. §. *si possessor ff. de petit. heredit. l. non solum* 13. *cum l. seq. ff. de rei vindicat. l. si merces* 25. §. *ipse quoque ff. locat. l. unde quaeritur* 7. § 1. *versic. nam etsi adversus ff. commod.* Quod si adversarius id non petat, aut ipse adversario petente nolit cavere, se non usurum actione Legis Aquiliae, poterit ad hanc confugere, ita tamen ut ea agendo hoc minus consequatur, quam consecutus est actione persecutoria, ut recte traditur ab Ulpiano in laudata *l. unde quaeritur in fine ff. commod.* Tollitur igitur actio Legis Aquiliae per actionem rei persecutoriam non ipso jure, sed ope cautionis ab actore praestandae, quam utique subterfugere non debet actor, cum etiam ejus intersit, unico judicio rem terminare, maxime quia potest eligere actionem Legis Aquiliae, si putet eam sibi magis expedire. Et hac ratione non semel traditum est, eum una actione contentum esse debere, ut in *l. sed etsi* 18 *ff. ad Leg. Aquil.* in *l. si vulneraveris* 45. *ff. locat.* in *l. sed actione* 50. *ff. pro soc.* idque officio judicis contineri. *d. l. si vulneraveris.*

8 Atque haec dicta sint pro sententia eorum, qui legendum putant *non remanere.* Quod si legendum sit *remanere*, ut in Pandectis Florentinis et optimis aliis exemplaribus legitur, videtur Paulus ipse secum pugnare, et ratio esse contraria dicto: nam si subducto simplo locum non habet Legis Aquiliae actio, et simplum jam subductum fuit per actionem commodati, sequitur, ut Legis Aquiliae actio locum non habeat, adeoque non remaneat post actionem commodati. Quod si cum doctissimo Cujacio alteram negationem detrahamus, *et simplo subducto locum habet:* nihilominus sibi non constat Paulus: nam si quod amplius est in repetitione triginta dierum accedit simplo, consequens est, ut eo subducto locum non habeat id, quod accedit, secundum vulgatam regulam traditam in *l. cum principalis* 178. *ff. de reg. Jur. in c. accessorium de reg. jur. in* 6.

Vix defendi potest, retenta ea lectione, Pauli sententia, nisi verba illa *simplo subducto* aliter atque hactenus accepta fuerunt, interpretemur. Cogitandum est ac perpendendum, an illa verba non, *detracto demptoque simplo* significent, sed *simplo computato connumeratoque.* Subducere est computare, numerare, summam colligere, seu addendo, deducendoque videre, quae summa fiat. Cic. *Lib.* 1. *epist. ad Lentul. Rationibusque subductis summam feci cogitationum mearum.* Donatus ad illud Terentii *in Adelph. Nunquam ita quisquam bene subducta ratione ad vitam fuit*, etc. ita recte explicat. *Ducere est digitis computare. Sed ducere est apud alium et palam: subducere apud se ipsum, et secreto: quo magis in verbo isto majoris attentionis, et diligentiae signum est.* Cic. 2. *de Finibus. Quid fortes viri? voluptatumne calculis subductis praelium ineunt, sanguinem pro patria profundunt?* Eleganter Catull. in *Nupt. Juliae et Manlii;*

Ille pulvis Erythraei
Siderumque micantium
Subducat numerum prius.
Qui vestri numerare vult
Multa millia lusus.

Cic. ad *Atticum lib.* 5. *ep.* 21. *Adsidunt, subducunt, ad nummum convenit.* Admissa hac interpretatione omnia recte procedunt. Quaerit in ea Lege Paulus, an post commodati actionem, Legis Aquiliae actio remaneat in eo quod in repetitione triginta dierum amplius est: et ait remanere; quia hoc simplo accedit. Licet actor simplum jam fuerit con-

secutus actione commodati, tamen hoc quod simplo accedit, consecutus non est. Cum autem simplum sit totum id, quod actori abest, nec poenam ullam comprehendat; id vero quod simplo accedit totum poena sit; et aequitas, et ratio suadet, hoc etiam actorem consequi debere *l. si a reo* 70. §. *ult. ff. de fidejus.* ne maleficium maneat impunitum *l. Stichum* 95. §. 1. *vers. sane. ff. de solut.* Eadem pariter aequitas et ratio suadet id ipsum a reo persolvi debere, cum sit absurdum, neminem delicti poenam subire, et legem, quae poenam imposuit, eludi. *l ita vulneratus* 51. §. . . . *vers. quod si quis ff. ad Leg. Aquil.*

Verum quia actio, quam tribuit actori damnum passo Lex Aquilia, comprehendit tam simplum, quam id quod ipsi accedit, actor, qui simplum jam consecutus est, hac actione ita uti debet, ut non utrumque exigere, et consequi velit, sed tantummodo id, quod simplo accedit, cum simplum jam per aliam actionem sit consecutus. Nam bona fides non patitur, ut bis idem exigatur. *l. bona fides* 57. *ff. de reg. jur.* Quapropter si velit actor computare etiam simplum, atque illud rursus exigere, non habet locum haec actio: quoties enim duae concurrunt actiones ejusmodi rei nomine, una quis experiri debet. *l. nemo ex his* 43. §. 1. *ff. eod.* Quod simplum autem ambae concurrunt ad eamdem rem tam actio commodati, quam Legis Aquiliae, et ideo una tantum experiri debet, et cum expertus jam sit actione commodati, altera locum non habet; cum nihil ei absit *l.* 2. §. 1. *in fin. ff. de tutel. et rat. dist. l. plura* 53. *in princ. vers. nam si ex una ff. de oblig. et act.* Igitur computato et connumerato simplo, locum non habet actio Legis Aquiliae, inspecto scilicet effectu, cum ad ipsum exigendum inanis sit, et omnino inutilis. Atque ita plenissime apertissimeque videntur explicari posse illa verba: *simplo subducto locum non habet.* Libentius tamen legerem *non remanere*, si optimorum Codicum auctoritate niteretur: sic enim expedita esset et perfacile currens oratio, et a mente Pauli non abhorrens sententia, qui in concursu actionum ab Ulpiano dissensisse videtur.

CAPUT XVI.

Ad L. jam hoc jure 4. §. *sed si alter ff. de vulg. et pupill.*

SUMMARIUM.

I. Proponitur regula et occasio de ea disserendi.
II. Fundamentum regulae sumptum ex Constitutionibus de substitutione reciproca imparibus facta, quae in eum tantum casum facta censetur, in quem utrisque substitui poterat. et n. III, IV.
V. In testamento militis inducitur substitutio in utrumque casum, si constet de ejus voluntate; si secus, sola vulgaris.
VI. Filio naturali in pupillari aetate decedenti non succedit filius legitimus ei per reciprocam substitutus.
VII. Partem, quam quis obtinuit in institutione, eamdem obtinet in substitutione. Explicatur l. servus 67. §. 1. ff. de leg. 1.
VIII. Legato dulcium non continentur esculenta, si testator utatur verbis, quae determinent solas potiones.
IX. Limitatio adjecta ad unam speciem legatam ad alteras quoque porrigitur.
X. Respondetur contrariis et n. XI. XII.

Est omnium sermonibus celebratum cum in circulis et suggestis, tum in foro illud effatum: *verbum plura determinans, cuncta pariter, aequaliterque determinat:* seu, ut vulgo ajunt; *determinatio respiciens plura determinabilia, ea pariformiter determinat.* Verissimum id profecto est, sed tamen multi eo abutuntur, et quandoque accommodant ad voluntatem et dispositionem, cui convenire non potest. Idcirco accurate hac de re a nobis est disserendum. Ac primum hujus regulae veritatem perspicue demonstrabimus: deinceps: quando ea sit adhibenda, dicemus. 1

Fundamentum hujus regulae firmissimum est in *l. jam hoc jure* 4. §. *sed si alter ff. de vulgar. et pupill.* In prin-

cipio ejus legis ait Modestinus: *Jam hoc jure utimur ex divi Marci et Veri constitutione, ut cum pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque casum substituisse intelligatur*: subdit deinceps, *quod si pater duos filios impuberes heredes instituat, eosque invicem substituat, in utrumque casum factam fuisse reciprocam substitutionem, D. Pium constituisse.* En Imperatorum constitutionibus confirmatum, quod substitutio impuberi facta, sive simpliciter, sive expresse in unum casum, in utrumque casum facta censeatur. Nihilominus tametsi testator habeat duos filios, alterum puberem, alterum impuberem, eosque heredes instituat, et invicem substituat, in vulgarem tantummodo casum factam videri substitutionem Severus et Antonius constituerunt, ut refert Modestinus in nostro §. *sed si alter*; cujus constitutionis rationem affert: *incongruens enim videbatur, ut in altero duplex esset substitutio, in altero sola vulgaris.* Verbum *substituo* licet in impubere utramque substitutionem inducat, et ex propria verbi significatione, quia verbum commune est utrique substitutioni congruens, et ex constitutionibus Imperatorum: tamen cum in pubere non possit inducere substitutionem pupillarem, quia ejus incapax est; nec eam inducit in impubere, licet ejus capax sit. Quo efficitur, quod idem verbum eodem modo determinat tam puberis, quam impuberis substitutionem.

3 Idem confirmat Imperator Alexander in *l. 4. C. de impub. et al. substit.* ubi constituit, quod licet verba: *Si heres non erit.* in impubere comprehendant etiam pupillarem substitutionem, tamen si pater filio suo impuberi, et uxori suae heredibus institutis Publium substituerit, *si heredes non erunt*, in eum tantum casum factam substitutionem, quo utrique substitui potest, videlicet in vulgarem. Neque id ipse de novo constituit: sed respondet, id esse manifestum: nempe quia verba illa, *si heredes non erunt*, quae ad utrumque referuntur, non possunt in uno solam vulgarem, in altero utramque substitutionem inducere. Idem Alexander in *l. in testamento 6. in princ. C. de testam. milit.* ait, id et sententiis prudentium virorum, et divorum parentum suorum constitutionibus placere.

Id autem Severus et Antoninus constituerunt in *l. 2. C. de impub. et al. substit.* Ibi: *propter eorum personam, quibus in unum casum dumtaxat substitui potest, etiam in filio idem servari debere, et ratio suadet, et divus Marcus constituit.* Ratio suadet, ne eadem determinatio plura inaequaliter, et non eodem modo determinet, quod rationi omnino repugnat. 4

Sed magis dilucide perspicueque probat, quod volumus, Alexandri responsum in laudata *leg. in testamento in fin. C. de test. militis.* Miles potest verbis civilibus, hoc est, directe substituere in secundum casum etiam ei, qui pubes est *l. centurio 15. D. de vulg. et pupill. l. 5. et l. miles 41. ff. de milit. testam.* Si haec substitutio fiat a Pagano, est omnino inutilis, nam substitutus nullo jure admittitur, neque ut substitutus, neque ut fideicommissarius, neque ut coheres *l. verbis civilibus 7. ff. de vulg. et pupill. l. in pupillari 14. D. eod.* si fiat a milite, valet, sed substitutus capiet tantummodo bona militis cum fructibus inventis in hereditate, non autem bona propria ejus, cui substitutus est: *d. l. centurio.* Igitur miles habens filiam parvulam, simul cum Titio eam heredem instituit, eosque invicem substituit. Filia post aditam hereditatem in pupillari aetate decessit. Mater defunctae ad intestatae filiae successionem pervenire contendebat. Titius frater militis, a quo fuerat substitutus, ex substitutione petebat hereditatem. Videbatur eam jure petere, quia militibus licet etiam extraneis, postquam heredes extiterunt, substituere *d. l. in testamento in fin.* et *d. l. miles 41. in princ. ff. de testam. milit.* Respondit ta- 5

men Alexander Imperator, quod Titius ex substitutione non potest admitti, nisi probaverit eam fuisse fratris sui militis voluntatem. Quid ita? quia sicut fratre Testatoris adeunte statim expirat ejus substituto jure communi *l.* 3. *C. de hered. inst. l. post aditum C. de imp. et al. subst.* ita debet expirare altera substitutio facta filiae, ea adeunte. Cum enim non possit esse nisi vulgaris in Fratre, in Filia quoque vulgaris esse debet, ne diversa sit et dissimilis determinatio. Potest quidem Miles jure speciali et ex privilegio utrique in secundum casum substituere, ut diximus; sed substitutus probare debet, hoc voluisse Testatorem, ut in hac *l. in testamento in fin.* et in *l. precibus* 8. *C. de impub. et aliis subst.* Ibi: *vel expressa, vel compendio*, etc. Quod autem ad rem nostram attinet, utroque casu eadem est tam in filia, quam in extraneo determinatio: si constet de voluntate militis, duplex inducitur in utroque substitutio; sin secus, in utroque sola vulgaris.

6 Eodem pertinet Pauli responsum in *l. Lucius Titius* 45. *ff. de vulg. et pupill.* Lucius Titius duos filios habebat, alterum legitimum, alterum naturalem; utrumque heredem instituit, et invicem substituit. Filius legitimus intra pubertatem decessit, alter filius naturalis ex pupillari substitutione petebat hereditatem: mater defuncti filii eamdem petebat ab intestato. Admittitur mater, excluditur naturalis filius: deficit enim pupillaris substitutio, quia verbum *substituo* solam vulgarem continet, cum pater filio naturali non posset pupillariter substituere, quia eum non habebat in potestate *l.* 2. *in princ. ff. de vulg.* Quamobrem in utroque substitutio vulgaris tantummodo est, ne eadem verba in altero duplicem, in altero unicam tantum substitutionem comprehendant, et diverso modo pro diversitate personarum accipiantur.

7 Jam vero transeamus ad alia. Si quis plures heredes instituerit, distributis inter eos partibus hereditatis, eosque invicem substituerit, eadem distributio partium aequaliter determinat tam institutionem, quam substitutionem: et quam quisque partem obtinuit in institutione, eamdem obtinet in substitutione *l. si in testamento* 5. *l. liberis* 8. *in fin.* cum *l. seq. l. si plures* 24. *l. qui complures* 32. *ff. de vulg. et pupill. l.* 1. *C. de impub. et al. substit.*

Sed videtur contrarium a Cajo definitum in *l. servus* 67. §. 1. *ff. de leg.* 1. si ex pluribus heredibus ex disparibus partibus institutis duobus eadem res legata sit, heredes non pro hereditaria portione, sed pro virili legatum habere debent.

Facilis est et prompta responsio. Determinatio, quae spectat ad institutionem, et substitutionem, non spectat eadem ad legata, et fideicommissa: nam haec separatim ac seorsum ab institutione et substitutione relinquuntur, et in separata oratione: ac propterea propriam habent determinationem, a qua determinantur, longe diversam a determinatione, quae determinat institutionem. Quapropter si testator in dando legato partes non distribuit, aequales partes habebunt; nullis enim partibus nominatis, aequales partes datae censentur §. *si plures instit. tit. de heredit. instit. l. unic.* §. *sin autem disjunctim C. de caduc. toll.* neque enim legatum capiunt jure hereditario, adeo ut pro portionibus hereditariis dividi inter eos debeat. Sane partes, quas jure hereditario obtinent, pro portione hereditaria consequuntur. Cum enim legatum a semetipso inutiliter heredi relinquatur *l. et quidem* 18. *ff. de leg.* 1. legatum relictum heredi pro ipsius parte non consistit, quia eam capit ac possidet jure hereditario, non jure legati *l. eum qui* 18. §. *ult. ff. de his quae ut indign.* jus enim hereditarium, cum sit multo potentius, absorbet jus legati. Hanc igitur partem, quam jure hereditario capit, pro portione hereditaria retinet, et possidet: reliquam vero partem, quam a co-

herede consequitur, non potest consequi, nisi pro virili, quia jure legati obtinet, quod a testatore sine partibus relictum fuit: non vero jure hereditario, et illud obtinet tamquam legatarius, non tamquam hères: argumento est, quod etiamsi non adeat hereditatem, tamen legatum consequitur *l. qui filiabus* 17. §. *ult. D. de leg* 1. aut si ei tamquam indigno hereditas auferatur *l. eum qui* §. *ult. ff. de his quae ut indign.* Imo plus capit jure legati, si heres non fuerit, quam si hereditatem consecutus fuisset: nam integrum legatum obtinet, non solam partem, quam caperet a coherede
8 *d. l. eum qui* 18. *in fin.*

Ad rem nostram redeamus. Optime facit nobiscum sententiam Labeonis a Proculo comprobatae *in l. ult ff. de tritic. vin. et. ol. leg.* si alicui legata fuerint dulcia, non solum dulces potiones legato continentur, sed etiam esculenta *d. l. ult* §. *penult.* at si legatum sit vinum amphorarium, Aminaeum, Graecum, et dulcia omnia, nihil inter dulcia, nisi quod potionis est, legato continetur. *d. l. ult.* §. *ult.* Nam verbum illud *Vinum* sicut determinat Aminaeum, Graecum, ita pariter determinat alia dulcia, eaque restringit ad dulces potiones, cujusmodi sunt vina nominata: videlicet oenomeli, passum, acinaticium, mulsum etiam, et hydromeli, et defrutum verbis illis, *dulcia omnia*, contineri puto: quia licet quaedam ex his vini nomine proprie non contineantur, tamen ex usu patrisfam. plerumque vini numero habentur, et sunt potiones dulces, quae ad vini naturam proxime accedunt *l. si quis vinum* 9. *in princ. ff. eod.* Illud maxime notandum, quod praevalet praesumptio ejusdem determinationis verbo universali *omnia*, quod ex sui propria significatione etiam esculenta comprehenderet.

9 Non absimile est, quod a Paulo traditur in *l. nam quod liquidae* 4. §. *ult. ff. de pen. leg. si ita scriptum sit omnem penum praeter vinum, quod Romae erit: Sola penus, quae Romae est, legata videtur.* Adjectio illa, *quod Romae erit*, non solum determinat vinum, sed etiam penum, non refragante verbo universali *omnem.* Et quod magis est, adjectum illud *quod*, non videtur ad penum referri posse, quam Paulus hic foeminini generis fecit, licet Pomponius in *l.* 2. *ff. de trit. vin. et ol. leg.* in neutro genere protulerit, exemplo Terentii et Columellae et aliorum veterum Auctorum.

Sed jam quid contra opponi possit, 10
expendamus. Ac primum opponi potest Papiniani responsum in *l. coheredi* 41. §. *qui discretas ff. de vulgar. Qui discretas portiones conjunctis pluribus separatim dedit, ac post omnem institutionis ordinem ita scripsit: quos heredes meos invicem substituo: conjunctos primo loco vice mutua substituere videtur, quibus institutionum partes non agnoscentibus, caeteros omnes coheredes admitti.*

Resp. imo ex hac lege constare, quod verbum *substituto* omnes aeque determinat, cum omnes ad substitutionem vocet. Quod autem conjuncti praeferantur disjunctis, id efficit voluntas testatoris, quae perspicue apparet ex conjunctione et discretione partium, quae eos a disjunctis omnino sejungit ac separat. Finge, testator ita scripsit. Titius et Cajus ex dodrante heredes sunto: Maevius et Sempronius ex quadrante. Titius et Cajus unius personae vice funguntur *l. plane* 34. *in princ. ff. de leg.* 1. item Maevius et Sempronius: et in unum corpus redacti sunt, et partem conjunctorum quasi suam praeoccupant, ut recte ait Imperator noster in *l. unic.* § *his ita definitis* 10. *vers. sin. vero quidam, C. de cad. tollend.* Idcirco conjuncti in institutione non majorem partem omnes simul consequuntur, quam unus tantum, quia unius vice funguntur *l. Attius* 11. *l. interdum* 13. *in princ. l, Julianus* 15. *in princ. ff. de hered. inst.* Ex quibus efficitur, Titium et Cajum conjunctos, tamquam unum quiddam separatum a

Maevio et Sempronio, qui alterum corpus constituunt, in substitutione his praeferri, sicut hi praeferuntur illis, si unus ex his deficiat. Quare deficiente Titio, Cajus admittitur: deficiente Maevio, Sempronius: utroque autem deficiente, caeteri omnes.

11 Opponitur etiam Papiniani responsum in *l. mulieri et Titio* 72. *ff. de condit. et dem.* sed hoc potius confirmat regulam nostram, quam eam destruat. Etenim conditio illa, si *non nupserit*, determinat legatum tam quoad mulierem, cui cohaeret, quam quoad Titium, et in utriusque persona legatum est conditionale: et ideo Titius dicitur defectus conditione, *si mulier nupserit.* Verumtamen cum haec conditio a lege remittatur *l. servo* 65. §. 1. *ff. ad S. C. Trebell. l. filiae quae* 28. *in princ. l. sed si hoc* 8. § *ult. l. cum tale* 72. §. *si arbitratu l. Titiae* 99. *ff. de cond. et dem.* quasi pro impleta habetur, et uterque legatum consequitur: etiam si mulier nupserit, non tamen in omnibus pro impleta habetur. Nam singulariter hoc casu non datur jus accrescendi, et quidem summa ratione, quam ibi affert Papinianus. Rectius opponeretur *l. ult.* §. *Sejo D. de leg.* 2. sed neque illa hanc sententiam labefactat: nam ibi conditio erat adjecta Sejo, non uxori: itaque determinatio non utramque personam respiciebat, sed solam personam Seji: adeoque solummodo determinabat legatum in persona Seji, non in persona uxoris, quam non respiciebat.

12 Opponitur a plerisque Juliani decisio in *l. si ita scriptum* 16. *ff. de man. testam. Quidam ita legavit: cum Titius annorum triginta erit, Stichus liber esto eique heres meus fundum dato.* Titius mortuus est, antequam perveniret ad trigesimum annum; ait Julianus, quod nihilominus Sticho libertas competit; legatum tamen non debetur.

Quidam respondent, id ita constitutum, quia militat diversa ratio in libertate et in legato. Alii, quod ibi expressa Legis dispositione a regula receditur. Verane, an falsa sint haec modo non disputo: expendam accuratius in proxima. Hoc tantum dico, frustra nos pervestigare rationem, cum ipsam Julianus exponat in laudata Lege: ait enim: *Nam favore libertatis receptum est, ut mortuo Titio tempus superesse videatur, quo impleto libertas contingeret: circa legatum defecisse conditio visa est.* Recte, et secundum praecepta juris. Si moritur ille, in cujus persona impleri debet conditio, legatum non debetur deficiente conditione; veluti si legatum sit Titio, si Sejam uxorem duxerit: si decem Cajo dederit: si servum manumiseris, et Seja mortua sit, antequam decem acciperet, servus occisus, antequam manumitteretur *l. in testamento* 31. *in princ. ff. de cond. et dem. l. legatum C. de condit. insert. l. cum ita datur* 94. *vers. diversa l. pen. ff. de cond. et dem. l. si peculium* 20. §. *is cui ff. de statu lib. l. inde Neratius* §. *idem ff. ad Leg. Aquil.* Contra in libertate *d. l. si peculium* 20. §. *is cui ff. de statu lib.* ubi recte ad rem nostram notat Paulus, quod libertatem servus consequitur constituto potius jure, quam ex testamento: et confirmat Hermogenianus in *d. l. cum ita datur* 94. Ambo autem explicant Juliani sententiam expressam in nostra Lege. Igitur ita jus est: quotiescumque per servum non stetit, quominus conditionem impleret, ea a jure pro impleta habetur *d. l. si peculium.* Et ideo ait Paulus, et Hermog. constituto jure libertatem competere. Determinatio igitur testatoris utrumque legatum aeque determinaret, nisi Lex se interponeret, et pro impleta haberet conditionem quoad libertatem, non quoad legatum.

Simile est, quod traditur in *l. si Titio et ei* 7. *ff. de leg.* 2. nam incapax a Lege capere prohibetur: Non potest autem testator facere, ne Leges in testamento suo locum habeant, etiamsi hoc expresse disponeret *l. nemo D. de leg.* 1. Sed de his uberius in proxima.

CAPUT XVIII.

Ad eamdem L.

SUMMARIUM.

I. Ejus regulae abusus.
II. Confunditur cum altera regula, quod verba ambigua interpretanda sunt secundum usum testatoris.
III. Haec expressa est in jure: nostra vero deducitur per inductionem, nec protendenda ultra terminos a Lege praescriptos.
IV. Conditiones proprie ad hanc regulam non pertinent.
V. Regula non cessat, quando in utroque determinabili non eadem est ratio.
VI. Et potentior est altera, quod verba accipienda sunt secundum propriam significationem.
VII. Regula est gravissima, nec leviter ab ea recedendum.
VIII. Rejicitur sententia putantium ab hac recedi facile posse ex conjectura voluntatis et n. IX.
X. Expenditur altera limitatio regulae scilicet quando ea admissa sequeretur correctio Legis.
XI. Ubi Lex se interponit, regula nostra locum non habet.

Non pauci superiore regula abutuntur. Nam aut ejus limites, quibus ipsa continetur, longissime proferunt, aut ipsam excogitatis pluribus limitationibus in augustissimum locum coercent, atque con-
1 cludunt. Primum enim quidam, ubi verbum aliquod in testamento pluries usurpatum invenerint, in diversis ac separatis dispositionibus, hanc regulam ipsis perperam accommodant, licet non sit unica atque eadem determinatio, sed plures inter se diversae, atque disjunctae. Confundunt illi duas regulas inter se valde dissimiles, et in unam cogunt, qui juris scientiam mi-
2 nus accurate cogitateque pertractant. Altera est, quod verba ambigua interpretanda sunt secundum usum testatoris: adeoque si pluries in testamento fuerit usus in separatis etiam orationibus eodem verbo, illud accipiendum est in ea significatione, in qua constat illud accepisse testatorem in alia parte testamenti *l. si servus plurium* 50. §. *ult. l. qui filiabus* 17. *ff. de leg.* 1. *l. heredes palam* 21. §. 1. *D. qui test. fac. l. cum de lanionis* 18. §. *item caccabos versic. optimum, D. de instruct. vel instr. l. si quis vinum* 9 *D. de trit. vin. et ol. leg.* Et haec regula est expressa in jure nostro multis in legibus, de qua separatim Deo dante disseremus.

Altera est ea, de qua nunc agimus, 3
quod determinatio respiciens plura determinabilia, ea aequaliter determinat. Et haec in jure nostro non est expressa, sed aperte deducitur ex *l. jam hoc jure* 4. *ff. de vulgar. et pupill.* et aliis supra allegatis. Cum igitur haec a lege per inductionem deducatur, non possumus eam protendere ultra terminos, quos leges ipsi praescripserunt, in quibus tacite continetur. Leges autem, ex quibus deducitur, omnes agunt de una, eademque determinatione plura determinante, quae in eadem oratione continentur: ut facile intelliget quicumque leges, quas in superiore ad fundandam hanc regulam adduximus, expendet: et constat ex *L servus* 67. §. 1. *ff. de leg.* 1. quam ibi luculenter explicavimus. Idem probat optime text. in *l. servo* 47. *ff. de cond. et dem. Servo libertatem ita dedit: ille, si meus erit, liber esto: legatum, vel hereditatem sine conditione ei dedit; deinde eum alienavit, debebitur domino ejus legatum, vel hereditas.* Determinatio illa *si meus erit* solum determinat dationem libertatis, non legatum aut hereditatem. Idem quoque confirmat Julianus in *l. qui filio* §. *si quis servum ff. de hered. instit. Si quis servum suum liberum sub conditione, heredem pure scripsisset, eumque vendidisset pendente conditione, jussu emptoris servus adire hereditatem potest, quia et constitit institutio, et est, qui jus imperandi habet.* Sub conditione datur libertas, pure hereditas, aut cum hereditas datur in diversa oratione non adjecta conditione, quae apposita fuit in legato libertatis: vel cum nominatim adjecta est libertati, ut in *l.* 3. §. 1. *ff. eod.* quo casu exspectatur eventus conditionis, quia cum servus manserit in dominio testatoris, non potest sine libertate institutio subsistere *princ. tit. instit.*

de hered. instit. Mutaveritne, an perverterit hoc Justinianus in *l. ult. C. de necess. serv. hered. inst.* docti judicent.

4 Verumtamen ut ingenue fatear, quod sentio, conditiones vere ac proprie non pertinent ad nostram regulam determinationis aeque omnia determinantis. Conditio enim vere nihil determinat, nihil disponit, sed coercet et suspendit dispositionem, cui adjicitur, eamque moderatur, ac restringit *l.* 1. §. *item si* 8. *in fin. versic. idemque erit ff. ad l. Falcid. l. obligationum* 45. §. *penult. ff. de oblig. et act. l. si quis sub conditione* 8. *ff si quis om. caus. testam.* Itaque limitat et suspendit solum eam dispositionem, cui fuit adjecta, et respicit solummodo personam, in quam fuit collata, sive agatur de persona honorata, ut in *l. ult.* §. *suo ff. de leg.* 2. *l. si quis ita scripserit* 33. *l. qui filio* 38. §. *si quis servum ff. de hered. instit.* sive de persona, in qua impleri debet conditio, ut in *l. sub diversis in fin. in l. cum ita* 93. *in princ. l. qui heredi* 44. *in princ. et in* §§. *seqq. ff. de cond. et dem.* Hinc commune est illud interpretum nostrorum effatum: *conditio implenda est in forma specifica, et non potest impleri per aequipollens.* Non extenditur igitur conditio, nec complectitur dispositionem, cui adjecta non est, nec casum, qui nominatim non fuit expressus, nisi id exigat voluntas testatoris, quae sola in conditionibus dominatur *l. in conditionibus* 29. *ff. eod.* ut evenit in *l. mulier* 22. *in princ. ff. ad S. C. Trebell. l. si ita* 15. *ff. qu. dies leg. ced. l.* 3. *C. de instit. et subst.* Tunc igitur obtinet regula nostra, cum testator iisdem verbis plura complectitur, quae et eodem modo, atque etiam diverso possunt determinari, absque eo quod a propria verborum significatione recedatur: hoc enim casu omnino dicendum est, cuncta pariter aequaliterque determinari, Nam si testator noluisset de illis eodem modo disponere, separatim de singulis disposuisset, nec iisdem verbis in singulis fuisset usus; quod facere debere praecipitur, si velit dissimiliter disponere, in *l. jam hoc jure* 4. §. *ult. vers. hoc itaque casu ff. de vulg.* ubi notanda sunt illa verba: *Sed si alter pubes, alter impubes hoc communi verbo, eosque invicem substituo,* etc. Commune verbum appellat, quia verbum *substituo* commune est tam substitutioni vulgari, quam pupillari. Necesse est igitur, ut verba, quibus utitur testator, ejusmodi sint, ut utrumque significent, et comprehendant, ut modo dicebamus.

Hactenus de illis, qui hujus regulae terminos longius, quam par sit, proferunt: nunc de illis, qui eam ita limitant ac restringunt, ut ipsam angustissimis terminis circumscribant. Quidam enim ajunt hanc regulam cessare, cum in utroque determinabili non eadem est ratio. Qua sententia pene evertitur haec regula: nihil enim facilius quam aliquam rationis diversitatem subtiliter excogitare ad regulam excludendam. Haec limitatio, mea quidem sententia, adeo falsa est, ut nihil supra. Est enim legibus aperte contraria. In *l.* 4. §. *sed si alter ff. de vulg. et pupill.* Modestinus ait: *sed si alter pubes alter impubes, hoc communi verbo, eosque invicem substituo, sibi fuerint substituti, in vulgarem tantummodo casum factam videri substitutionem Severus, et Antoninus constituit.* In hac lege, quae major potest excogitari rationis diversitas, sive consideremus ipsam dispositionem, sive personas, in quas confertur dispositio? si primum, quid tam diversum, quam substitutio vulgaris, et pupillaris? illa fit in casum, quo institutus *heres non erit*: haec in casum, quo *heres erit*, *princ. tit. inst. de vulg. subst. et princ. tit. de pupill. subst.* sunt haec non solum diversa, sed omnino contraria. Si secundum, quid tam diversum, tam discrepans in jure nostro, quam pubes, et impubes? Pubes potest condere testamentum, impubes non potest 5

§. 1. *inst. tit. quib. non est permiss. fac. testam.* Pater pro impubere potest testamentum facere; pro pubere nnn potest *princ. tit. inst. de pupill. substit. l. Papinianus §. sed nec impuberis D. de inoffic. testam.* Imo si pater pro impubere testamentum fecerit ei pupillariter substituendo, et annos pnpillaris aetatis excesserit in substitutione, evanescit substitutio statim ac pupillus attigerit pubertatem §. *masculo instit. tit. de pupill. subst. l. verbis 7. l. in pupillari 14. D. de vulg. et pupill.* Rursus expedit pupillo, patrem ei consulere heredem eligendo, quem ipse eligere non potest propter judicii infirmitatem §. 1. *instit. tit. quib. non est permiss. fac. testam.* noceret autem puberi, si pater pro eo testamentum faceret, quia cum ipse sibi pro arbitrio suo heredem possit eligere, haberet heredem invitus, quem ipse non elegit, ejusque judicium exitum nnn posset habere, quod est contra publicam utilitatem *l. vel negare 5. D. testam. quemadm. aper.* et contra aequitatem *l. 1. in princ. D. si quis om. caus. test.* Accedit, quod ejusdem pupilli favore, cui non solum pater, sed etiam leges consulere intendunt, etiamsi ei non fuerit expresse datus pupillaris substitutus, tamen tacite datus intelligatur. Quamobrem verbum *substituo* in pubere solam vulgarem substitutionem inducit: in impubere utramque substitutionem tam vulgarem, quam pupillarem *l. jam hoc jure 4. in princ.* et in §. 1. *D. de vulg. et pupill.* Et quod magis est, ad inducendam pupillarem substitutionem verba testatoris ad contrariam significationem, legis interpretatione detorquentur. Nam si pater impuberi filio substituat sub conditione *si heres non erit*, haec verba comprehendunt etiam secundum casum, *si heres erit*, et ad pupillarem sustitutionem trahuntur *l. quamvis C. de impub. et al. substit.* Hoc autem maxime demonstrat, quanta sit vis nostrae regulae de unica determinatione plura aequaliter determinante. Animadvertendum enim est, quod verba *si heres non erit*, comprehendunt etiam casum *si heres erit*, qui est omnino contrarius. At vero nec verbum quidem *substituo*, quod commune est, et ex propria significatione non minus convenit substitutioni pupillari, quam vulgari, comprehendit pupilllarem substitutionem, quando ei obstat regula plurium determinabilium aeque determinandorum *d. l. quamvis in fin. C. de impub. et al. substit. et l. jam hoc jure 3. ff. de vulg. et pup.*

In laudata *l. quamvis* duae proponuntur substitutiones, altera in principio legis, altera in fine. Prima, quae in principio proponitur, facta erat in primum casum, nempe sub conditione, *si institutus non erit*; merito dubitari poterat, an haec conceptiu verborum comprehenderet etiam secundum casum: hoc est, substitutionem pupillarem. Dicendum videbatur minime comprehendere; nam pupillaris substitutio fit in casum omnino contrarium, sub conditione *si heres erit.* Obstat igitur pervulgata regula, non esse recedendum a proprietate verborum *l. non aliter ff. de leg.* 3. de qua supra copiose disputavimus. Hac tamen regula non obstante responsum fuit, verba *si heres non erit*, porrigi ad casum, quo heres sit, et in pupillari aetate decedat: hoc est, non solum verba improprie accipienda esse, sed etiam ad contrarium sensum esse detorquenda in favorem pupillaris substitutionis, et ex conjectura pietatis paternae. Altera substitutio, quae proponitur in secunda legis parte similiter facta in primum casum sub eadem conditione, *si filius meus, et uxor mea heredes erunt.* Videbatur idem omnino respondendum: hoc est, in hac etiam substitutione contineri tacite pupillarem, seu ad pupillarem esse porrigendam in favorem pupillaris substitutionis et ex conjectura paternae pietatis. Contrarium tamen respondit Alexander Imperator, quia in hac substitutione obstat regula unicae determinatio-

nis, quae impedit, quominus substitutio vulgaris ad pupillarem porrigatur *d. l. quamvis in fine.* Ergo haec regula potentior est alia regula, quae semper, et ubique obtinet in jure nostro, quod verba accipienda sunt, et interpretanda secundum propriam significationem. Imo adeo potentior est, atque illi adeo praevalet, ut si ambae concurrant, haec illi praeferatur, et haec obtineat, illa vero excludatur. Nam si testator utatur communi verbo *substitutio*, quod utramque substitutionem aeque comprehendit, receditur a propria hujus verbi significatione, eaque restringitur ad solam vulgarem. Exemplum proponitur in nostra *l. jam hoc jure* 4. §. *Sed si alter ff. de vulgar. et pupill. substit.* Haec uberius exposuimus, ut caveant judices, ne ab hac regula facile recedant.

His animadversis efficitur, falsam esse opinionem eorum, qui putant levem esse conjecturam, quae ex hac regula deducitur. An enim levis dici potest conjectura, quae deducitur ex regula, quam Alexander Imperator ait et prudentium sententiis et Divorum parentum suorum auctoritate fuisse approbatam? Quam idem Imperator affirmat esse manifestam in *l.* 4. *in fin. C. de impub. et al. subst.* Ibi: *manifestum est.* Quam debere servari, et ratio suadet, et divus Marcus constituit, ut responderunt Imperatores Severus, et Antoninus in *l.* 2. *in fin. C. eod.* Quam non admitti, incongruens esse dixit Modestinus in *l.* 4. §. *Sed si alter ff. de vulg. et pupill.* Quid? quod ad firmandam hanc regulam tam Imperatores, quam Jurisconsulti veteres recesserunt a constitutione Divi Pii, et Marci et Veri Imperatorum, qui sanxerant patrem impuberi substituentem in utrumque casum substituisse, etiamsi in primum tantum casum substituisset *l.* 4. *in princ.* et in §. 1. *ff de vulg.* An levi de causa, non vero manifesta ratione recesserunt? Profecto haec sine stomacho legi non possunt. Nimirum quidam ex nostris quaestui habentes Jurisprudentiam, ut regulam eluderent, innumeras limitationes invexerunt, quibus alii implicati, cum se ab aliis expedire facile non possent, fallacem esse regulam, et levem ex ea deduci probationem sunt arbitrati. Quasi vero manifestae juris rationi; prudentium responsis, constitutionibus Imperatorum insulsae Doctorum opiniones sin anteferendae.

Efficitur etiam, falsam esse opinionem eorum, qui putant, a regula uniformis determinationis facile recedi conjectura voluntatis, sicut a proprietate sermonis. Utrumque falsum, et quod facile recedatur a proprietate sermonis, ut probavimus in superioribus: et quod aequali facilitate recedatur etiam ab hac regula, ut modo demonstravimus. Abutuntur, ut id probent, rescripto Alexandri Imper. in *l. in testamento in fin. C. de testam milit.* quod in superiore exposuimus. Nunc quod ad rem attinet, breviter attingamus. Miles filiam suam parvulam, et fratrem suum simul heredes instituerat. Filia, postquam heres extitit patri, decessit. Concurrebant ad ejus hereditatem mater, quae intestatae filiae petebat hereditatem, et frater militis defuncti, qui eamdem petebat ex pupillari substitutione. Videbatur hic matri omnino praeferendus. Primum quia verbum *substituo* commune est, et comprehendit aeque utramque substitutionem vulgarem, et pupillarem *l.* 4. §. *Sed si alter ff. de vulg. et pupill.* Praeterea licet, quando substitutio simul facta est pupillo et puberi, comprehendat solam vulgarem ex nostra regula *d. l.* 4. *et d. l. in testamento in princ. et l. quamvis C. de impub. et al. substit.* tamen cum miles possit etiam puberi extraneo substituere in secundum casum *l. heres erit d. l. in testamento in fin.* multo magis praesumendum est, voluisse substituere filiae impuberi ante pubertatem decedenti, quod jure communi, etiam secluso militari privilegio facere potest, et fecisse praesumitur, quo-

ties regula nostra non obstat, nec impedit substitutionem *l.* 4. *D de vulg.* et d. *l. in testamento in princ. C. de testam. milit.* Maxime quia favore militiae concessa sunt militibus quamplurima contra omnes juris regulas. Nam quoquo modo licet militi testari *l. Lucius Titius* 40. *in princ. D. de testam. milit.* et potest pro parte testatus pro parte intestatus decedere *l.* 1. *et* 2. *C. de testam. milit.* et uno tempore testatus, alio intestatus *l.* 8. *C. eod.* et potest praeterire filium in potestate existentem ejusque praeteritio pro exheredatione habetur *l. si quem* 10. *in fin. C. eod.* Ergo si jus civile firmissimas Legum sanctiones, ac regulas insuper habet ad sustinendam militis voluntatem, cur non et regulam nostram uniformis determinationis transcendit, ut sustineatur pupillaris substitutio, quae solet comprehendi verbo substitutionis? Huc accedit, quod miles fratrem suum praetulit uxori in institutione, ac propterea credendum est, eumdem praetulisse etiam in substitutione. Pari enim affectu prosequitur heredem testator, sive ipsum instituat, sive substituat, cum utroque modo suum ipsi patrimonium largiatur, *l. Publius* 36. §. 1. *D. de condit. et dem.* Et hoc adeo exacte servatur, ut eaedem partes in substitutione datae videantur, quas in institutione testator expressit §. *et si ex disparibus instit. tit. de vulg. l. si plures* 24. *D. de vulg. et pupill.* Ibi: *nisi forte alia mens fuerit testatoris, quod vix credendum est: nisi hoc evidenter expresserit. Vix credendum*, quia certa ac firma ratio suadet testatorem pari affectu dilexisse heredem in institutione, atque in substitutione. Hoc amplius: etiam in substitutione testator praetulit fratrem uxori: nam si filia parvula non fuisset heres, non posset dubitari hereditatem ad fratrem ex vulgari substitutione, exclusa uxore testatoris, esse deferendam. Si ergo fratrem praetulit uxori in substitutione vulgari, cur non et in pupillari, quae iisdem verbis, eademque dispositione continetur?

9 Sane tam Justinianus, quam Papinianus maximi momenti esse duxerunt, quod mater data esset coheres filio in *l. ult. C. de instit. et substit.* et inde ducunt argumentum voluntatis testatoris, quod ipsam noluerit excludere a successione filii, licet ipsi dederit substitutum. Ac vix induci possum, ut assentiar Cujacio, qui putat matrem filio successuram fuisse, etiamsi ejus coheres scripta non fuisset, eo quod Papinianus, et Justinianus opinionem Papiniani comprobans non moveatur ea sola ratione, quod testator matrem simul cum filio in parte hereditatis instituerit: sed alia etiam, quod aequum non sit, matrem ex luctuosa filii morte damnum hereditatis sentire. Videtur enim Justinianus ea sola ratione moveri, quod cum testator matrem vocaverit in partem hereditatis, eaque filium privaverit, qui in tota hereditate succederet ab intestato, multo magis voluerit matrem filio morienti succedere, eamque noluerit privare ea parte hereditatis, quam esset ab intestato acquisitura, si pater testamentum non condidisset. Verba legis haec sunt: *Si enim suae substantiae partem uxori dereliquit, multo magis et luctuosam hereditatem ad matrem venire curavit.* Profecto haec unica ratio est argumento conclusa, quod ex comparatione ducitur, et primum conclusionis modum dialectici appellant, in qua cum primum assumpseris, consequitur id, quod annexum est: hoc voluit, ergo et illud. Qui hoc vult, et illud velle debuit: vult autem hoc, ergo et illud. Eleganter haec explicat Cicero *in Topic. ad Trebatium. Hinc aliud argumentum negans e contrario confici potest; si illud non voluit, neque hoc quidem voluisse censendus est.* Ergo si partem matri non reliquisset, nec eam vocasse ad reliquam partem censeretur. Cic. *pro C. Rabir. Si interfici Saturninum nefas fuit: ar-*

ma sumpta esse contra Saturninum sine scelere non possunt: si arma jure sumpta concedis, interfectum jure concedas necesse est. En! aliud a minore ad majus in Orat. in *Q. Caecilium in fin. Etenim si probabilis est eorum caussa, qui injurias suas persequi volunt: qua in re dolori suo, non Reip. commodis serviunt: quanto illa causa honestior, quae non solum probabilis videri, sed etiam grata esse debet, nulla privatim accepta injuria, sociorum atque amicorum Popul. Rom. dolore, atque injuriis commoveri?* Est hoc genus probationis, in qua, dato antecedenti, deducitur consequens, in quo cadebat controversia, et quaestio versabatur. Ad rem nostram. Sunt praeterea in laudata *l. ult. C. de instit et subst.* observanda verba illa: *in hujusmodi casu.* Quis est iste casus? nempe qui initio propositus est, et in controversiam vocatus: cum miles pro parte ventrem praegnantem instituit, pro parte suam uxorem. Ergo hic solummodo casus a legislatore deciditur. Et amplius animadvertendum est, Justinianum hic non rescribere ad preces alicujus supplicantis, et de aliquo casu interrogantis: sed ipsum ex se proponere quaestionem, et rem inter Ulpianum et Papinianum controversam: itaque ejus definitio non potest egredi terminos propositae quaestionis, quam ipse persolvit. Neque contrarium est rescriptum Diocletiani, et Maximiani in *l. precibus C. de impub. et al. substit.* Nam ibi proponitur facta substitutio, vel expresse in secundum casum, vel compendio; hoc est, substitutio, quam nostri vocant compendiosam, quae utramque substitutionem verbis aeque comprehendit, nec ibi mater erat data coheres filio. Hic autem casus est valde diversus; nam mater fuit instituta simul cum filio, et substitutio restricta erat ad solum casum, quo posthumus natus non fuisset: posthumus autem natus erat, et in pupillari aetate decesserat: ac propterea non extiterat conditio substitutionis. Sed nostri instituti non est, has leges diligenter expendere. Itaque ad rem ut tandem redeam, breviter astringam argumentum.

Negari non potest, in toties laud. *l. ult.* tam Papinianum, quam Justinianum plurimi fecisse illam circumstantiam, quod mater fuerit instituta heres cum filio: ac propterea, quod ea nobis suppeditet non levem conjecturam voluntatis testatoris, quod eum, quem vocavit ad hereditatem in institutione, voluerit etiam vocare in substitutione. Neglecta tamen hac conjectura, neglectis pariter aliis, quas supra conglobavimus, respondit Alexander, fratrem substitutum probare debere, an ita testator sensisset: hoc est, ut ego arbitror, an voluerit uti privilegio militis in substitutione, ad cujus probationem satis esse puto, si probaverit militem jure militari testatum fuisse. Quid ita? nimirum, quia si hoc non probaverit, corruet regula nostra de unica determinatione, quae aequaliter omnia debet determinare: nam valeret substitutio quoad personam pupilli, non vero quoad personam fratris, qui cum fuerit heres, non potest habere substitutum: eo enim adeunte, statim expirat substitutio *l. quamdiu prior 3. et l. quamdiu 69 ff. de acquir. vel omitt. hered. l. post aditam C. de impub. et al. subst.* Contra secundum hanc Imperatoris constitutionem semper salva manet regula nostra. Etenim, si frater non probet ita sensisse testatorem, valebit, et locum habebit substitutio vulgaris quoad utrumque, scilicet, tam quoad pupillum filium, quam quoad puberem extraneum: si vero probaverit, valebit quoad utrumque similiter utraque substitutio, tam quae in primum, quam quae in secundum casum facta fuit, quia valebit jure militari. Probare autem substitutus debet testatorem jure militari testatum fuisse, ut gaudeat hoc privilegio, quia privilegium nimis abhorret a regulis juris: ut quis possit heredem facere ei, qui sibi ipsi heredem facere potest, item ut

fraudi sit legitimis heredibus quibus hereditatem adimat. Itaque Paganus hoc modo frustra substituit, adeo ut nequidem rogare possit heredem suum, ut alium heredem faciat *l. verbis civilibus* 7. *ff. de vulg. et pupill. l. ex facto in princ. ff. ad SC. Trebell.*

10 Superest altera limitatio Doctorum, quae omissis aliis nullo fundamento juris innixis, est hoc loco distinctius explicanda. Limitant igitur hanc regulam, quando ea admissa sequeretur correctio legis, hoc est, quando per eam determinaretur casus contra determinationem ipsius legis. Hoc utique negari non potest: nemo enim cavere potest, ne leges in suo testamento locum habeant: *l. nemo* 55. *D de leg.* 1. et jus publicum privatorum pactis mutari non potest *l. jus publicum ff. de pact.* sed tamen, ut vera a falsis distinguamus, animadvertendum est, quod aut lex aliquid generaliter statuit, et tunc regula in casu, quem determinat, legi derogat: aut lex decernit aliquid specialiter de aliquo casu, et tunc lex derogat huic regulae. Primum probatur exemplo substitutionis. Lex generaliter constituit, ut substitutio vulgaris trahatur ad pupillarem, et substitutio facta in unum casum, utrumque comprehendat *l. jam hoc jure* 4. *in princ. et in* §. 1. *ff. de vulg.* Atqui hoc fuit constitutum divi Marci, et Veri constitutione, *d. l.* 1. *in princ.* verum si se interponat haec regula, derogat legis constitutioni, et constitutio locum non habet eo casu, qui a regula comprehenditur, ut in *d. l.* 4. § *sed si alter.* Et hoc supra copiose est explicatum. Secundum vero probatur exemplo, quod proponitur in *l. si ita scriptum fuerit* 16. *ff. de manum. testam.* Testator ita scripsit: *cum Titius annorum triginta erit, Stichus liber esto: eique heres meus fundum dato.* Titius antequam ad annum trigesimum perveniret, decessit. Sticho libertas nihilominus debetur impleto tempore, non autem fundus. En! quod illa determinatio testatoris: *cum Titius annorum triginta erit,* non aeque determinat legatum libertatis, et legatum fundi. Idem traditum est in *l. si servus* 29. *ff. de statu liber.*

Vereor tamen, ne non sit accommodatum hujusmodi exemplum ad probandum id, quod volunt. Dubito enim, an verba illa: *cum Titius annorum triginta erit,* unicam an duplicem determinationem contineant. Etenim verba illa quoad legatum fundi faciunt conditionem, quoad legatum libertatis faciunt diem certum. Itaque duo sunt legata distincta ac separata, alterum sub conditione, alterum in diem, et utrumque legatum habet distinctam determinationem, licet utraque determinatio iisdem verbis comprehendatur. Scilicet ita res est. Tempus certae aetatis conditionem facit in testamentis *d. l. si servus* 19. *ff. de statu lib. d. l. si ita scriptum* 16. *ff. de man testam. l. fideicommissaria* 23. §. *etiam ff. de fideic. lib.* sicut quilibet alius dies incertus *l. dies incertus* 74. *D. de cond. et dem. l. talis* 30. §. *Cui congruit. D. de leg.* 1. *l. si ita scriptum* 45. §. *ult. ff. de leg.* 2. *l. Cajo* §. 1. *ff de alim. leg.* et passim. In contractibus vero, licet dies omnino incertus, is, de quo certum non est, an sit extiturus, conditionem faciat *l. quodcumque* 45. §. *non solum ff. de V. O.* tamen tempus, quod certo est extiturum, conditionem non facit *l. nam si* 17. *ff. de condit. instit. d. l. si pupillus* §. 1. *ff. de novat.* Rursus tempus certae aetatis licet conditionem faciat in caeteris omnibus legatis, tamen neque in legato libertatis, neque in legato alimentorum conditionem facit: in his continet solummodo diem, non autem conditionem. De legato libertatis in *l. fideicommissaria* 23. §. *etiam in l. Thais* §. *libertatem ff. de fideicomm. libert.* et in *d. l. si ita scriptum,* et in *d. l. si servus.* De alimentis vero traditum est in *l. libertis* §. *ab heredibus et l. Cajo* §. 1. *D. de alim. leg. l.* 1. *C. de*

leg. Alia igitur, atque alia est temporis incerti vis, et potestas et diversa atque distincta pro diversitate dispositionum, quibus adjungitur. Aliter determinat contractus, aliter testamenta: aliter legatum libertatis, et alimentorum, aliter reliqua legata. Quare non est unica hujus temporis determinatio, sed multiplex. Quo fit, ut in objecta *l. si ita scriptum D. de manum. testam.* non unica sit adjecti temporis determinatio: alia, quae respicit legatum libertatis, alia, quae respicit legatum fundi. Quoad legatum libertatis continet diem, quoad legatum fundi conditionem. Non potest igitur utrumque legatum pari modo determinare.

41 Sed ne videar illis, qui crassiore Minerva solent jus civile tractare, haec nimio plus subtiliter perscrutari, illuc redeo, unde discessi, fateorque regulam nostram locum habere non posse, ubi se lex interponit, eamque excludit, quia lex omnibus regulis praevalet, et ipsa sola dominatur. Quamquam non facile est invenire casus, in quibus ab hac regula recedatur. In his autem, si qui sunt, non regulae defectus in causa est, cur ea non obtineat, sed legis auctoritas. Sit quantumvis perspicax, et acuta oculorum acies, nihil tamen ultra murum, aut montem oppositum pervidebit. Non, quod hebes sit et obtusa acies, nil perspicit, sed quod murus aut mons se opponit, qui visum impediunt, et ultra penetrare non sinunt. Eadem prorsus est ratio rei impossibilis. Si haec regula incurrat in aliquid impossibile ex dispositione testatoris, utique frangitur, et viribus enervatur, quia impossibilium nulla est obligatio *l. impossibilium* 85. *D. de reg. jur.* si ferri acies impingat in adamantem, hebetatur, et obtunditur. Est ipsa quidem ad caedendum aptissima, sed retorquet ictum duritiem adamantis, qui caedi non potest. Nec solum determinatio non aeque determinat possibile, et impossibile, sed impossibile ne determinat quidem ullo modo. Nam quae fieri non possunt, nec determinari quidem possunt. Impossibilia autem sunt non solum ea, quae natura sua ejusmodi sunt, sed quae facta laedunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, et ut generaliter dixerim, contra bonos mores sunt, nec facere nos posse existimandum. Ita pie ac religiose scripsit Papinianus in *l. Filius qui* 15. *D. de cond. inst.* Quamobrem ea, quae sunt contra bonos mores, contra leges, contra edicta Imperatorum, aut a Praetoribus improbata, pro non scriptis habentur *l. conditiones* 4. *D. eod.* Hinc respondit Paulus in *l. si Titio et ei* 7. *D. de leg.* 2. *Si Titio et ei, qui capere non potest, decem legata sunt, quia duobus heres dare damnatus est, et unus capere non potest, quinque sola debentur.* Non deficit hic determinatio, sed determinabile. Determinatio quidem aeque utrumque determinat, cum utrique quinque tribuat: sed deficit unum ex determinabilibus: et non deficit, quia legatum repudiaverit, sed quia incapax est, et pro nullo habetur; et quod ei datum est, pro non scripto habetur: adeoque remanet penes heredem, non accrescit Titio.

CAPUT XVIII.

Ad L. ille 25. §. 1. *D. de leg.* 3.

SUMMARIUM.

I. Officium JCti in interpretatione qua Legum, qua hominis dispositionum, maxime consistit.
II. Scripti et voluntatis discrepantia. Verborum intelligentia maxime necessaria. Eam veteres JCti excolebant.
III. A scripto non recedendum, nisi ex manifeste scribentis voluntate probatur n. IV.
V. Perspicuum ea de re Modestini responsum in l. si alii 19. ff. de usufr. leg. conciliatur cum Ulpiano in l. et puto 16. §. Julianus ff. fam. ercisc. et n. VI. VII.
VII. Speciales rationes ex quibus ususfructus non communicatur in casu L. et puto ff. fam. ercisc.
VIII. Servij ac Tuberonis vetus hac de re dissidium. Servii sententiae accessit Celsus et C. Aquilius et n. IX.
X. Etiam in contractibus scriptum sententiae praeferendum.

XI. Voluntas maxime spectanda quia potentior verbis: probatur auctoritate, et n. XII.
XIII. Tit. Cod. plus val. quod ag. quam quod simul. concip. perperam ad hoc allegatur.
XIV. Idem procedit in contractibus.
XV. Si scriptum non sit, vel sit ambiguum, spectatur voluntas: si non appareat, secundum jus respondendum est.

1 Officium munusque Jurisconsulti totum in recta interpretatione est occupatum. Qui recte leges, atque hominum dispositiones interpretatur, et explanat, optimus est judex, optimus Jurisconsultus: qui perperam, ac perverse, pessimus. Leges semper eaedem sunt, nec mutantur in dies, earumque interpretationes tot clarissimorum virorum studio elucubratae, industria elaboratae, ingenio perfectae fuerunt, ut vix quicquam addi posse videatur. Hominum vero dispositiones variae sunt, et semper diversae, et in omnes partes longe, lateque diffusae: nunquam eadem voluntas, nunquam iisdem verbis explicata: quo magis elaborandum est, ut eorum mentem assequamur, idque est perdifficile et confragosum. Nihil enim est obscurius voluntate hominum, ut recte monuit Cicero. Nihil autem hac in re frequentius disputatur, quam de scripto, et senten-
2 tia. Ita docet Quintilianus *Inst. orat. lib.* 7. *cap.* 6. *Scripti, et voluntatis frequentissima quaestio est, et pars magna controversi juris hinc pendet:* Nostri tamen de verborum significatione non valde solliciti sunt: Forum enim assidue reboat vocibus Jurisconsultorum inepte clamantium, non verba, sed voluntatem spectandam esse: adeo ut quidam magni nominis judex apprime doctus in hoc scurriliter et putide nugetur: *nec Cruschae, nec crustae verborum inhaerendum esse*, quasi ludibrio habeat Academiam totius Europae celeberrimam, et promptuarium Etruscarum vocum ab ea editum. Nimirum idem in explicatione cujusdam vocis Italicae huic praefert Calepinum. O superi, o manes! Quis coelum terris non misceat, et mare coelo? sane veteres Jurisconsulti, qui jus nostrum civile fundarunt, non idem sentiebant. Scripsit AElius Gallus libros duos de verborum, quae ad jus pertinent, significatione. Scripsit et Servius: scripserunt et alii, quos praetermitto. Itaque verborum intelligentia est 3
maxime necessaria, et a scripto recedendum non est, nisi manifeste appareat voluntas contraria scribentis *l. non aliter* 69. *ff. de leg.* 3. Quoniam vero, ut Cic. *ait in Topic.* circa finem sunt tria genera, quae controversiam in omni scripto facere possunt: ambiguum; discrepantia scripti et voluntatis, et scripta contraria: nos de scripto, et voluntate primo loco disceptabimus: haec enim disceptatio potissima est, et alias commode praecedet.

Quod a scripto non sit recedendum, 4
cum perspicuum est, nec admittenda voluntatis quaestio, traditum est aperte in *l. ille, aut ille* 25. §. 1. *ff. de leg.* 3. *Cum in verbis nulla est ambiguitas, non est admittenda voluntatis quaestio.*

Idem traditum in *l.* 4. *vers. quod si quis ff. de leg.* 1. *Quod si quis, cum vellet vestem legare, supellectilem adscripsit, dum putat supellectilis appellatione vestem contineri, Pomponius scripsit vestem non deberi: quemadmodum si quis putet auri appellatione electrum, vel orichalchum contineri: vel quod est stultius, vestis appellatione etiam argentum contineri. Rerum enim vocabula immutabilia sunt: hominum mutabilia.* Recte. Nostra enim destinatione fundorum nomina, et domus, non natura constituuntur *l. quod in rerum* 24. §. *quod si ff. de leg.* 1. ideo mutari possunt *d. l. quod in rerum* 24. §. *si quis post et* §. *seq.* vocabula autem, quae a principio fuerunt imposita, et diuturno usu totius populi comprobata, non potest quilibet pro arbitrio suo mutare, et a communi usu, et significatione recedere.

Id ipsum respondit Ulpianus in *l.* 5
quoties 9. §. 1. *ff. de hered. instit. Et si in re quis erraverit, ut puta dum*

vult lancem relinquere, vestem leget, neutrum debebitur. Hoc sive ipse scripsit, sive scribendum dictaverit.

Accedit auctoritas Modestini, qui hac de re ita dilucide, atque enucleate scripsit in *l. si alii* 19. *ff. de usufr. leg. Si alii fundum, alii usumfructum ejusdem fundi testator legaverit: si eo proposito fecit, ut alter nudam proprietatem haberet, errore labitur. Nam detracto usufructu proprietatem eum legare oportet eo modo: Titio fundum detracto usufructu lego, Sejo ejusdem fundi usumfructum heres dato: quod nisi fecerit, ususfructus inter eos communicabitur, quod interdum plus valet scriptura, quam peractum sit.* Interdum videlicet cum id, quod scriptum est, ambiguum non est.

Carpunt quidam viri docti hoc Modestini responsum: sed immerito, quantum arbitrari possum. Etenim certum est fundi appellatione contineri etiam usumfructum *l. eum qui ita stipulatus* 56. §. *si ita stipulatus, et l. qui usumfructum* 58. *ff. de V. O. l.* 6 *ff. de usufr. ear. rer. l. si Titio* 10. *ff. de usufr. leg.* adeo ut fundus dari non intelligatur, si ususfructus detrahatur *d. l. qui usumfructum* 58. *ff de V. O.* Quotiescumque autem non ambigitur, quin vocabulum, quo usus est testator, aliquid comprehendat, aut non comprehendat, qualiscumque fuerit mens, et voluntas testatoris, a scripto non est recedendum *l. Labeo* 7. §. *Servius in princ. ff. de sup. leg.*

6 Sed opponitur Ulpianus in *l. et puto* §. *Julianus ff. fam. ercis. Julianus ait, si alii fundum, alii usumfructum fundi judex adjudicaverit, non communicari usumfructum.*

Dubitari non potest, hoc singulari ratione scriptum fuisse a Juliano de sententia Judicis in judicio familiae erciscundae. Nam idem Julianus contra respondit tam in legatis, quam in stipulationibus. In legatis usumfructum communicari dixit Julianus in *l. si Titio* 10. *ff. de usufr. leg.* et in *l. si tibi decem* 6. *ff. de usufr. ear. rer.* In stipulationibus idem affirmavit in *l. eum qui ita stipulatus* 56. §. *si a te stipulatus ff. de V. O.* Hoc igitur pro certo habuit 7
Julianus tam in contractibus quam in legatis, usumfructum esse communicandum. Contra in sententia judicis non debere communicari. Quid ita? Nempe in sententia judicis interpretanda mentem judicis, ejusque voluntatem spectare oportet, non verba, non scriptum: ne si ab ejus voluntate recedamus, injuste eum judicasse contra ejus propositum et voluntatem dicere cogamur. Judex datur, ut inter litigantes justa decernat. Si contra ejus voluntatem sententiam interpretamur, eum vel invitum injusta decernere compellimus. Laeditur justitia, ad quam tuendam judices sunt constituti. Laeditur honor, virtusque et existimatio judicis innocentis. Laeduntur litigantes, qui rem suam amittunt et fraudantur spe, et expectatione, quam de judicis justitia et aequitate conceperant. Judicia omnia pervertuntur, sine quibus, nec domus ulla, nec civitas stare, et conservari potest. Contrahentes et testatores pro arbitrio de rebus suis disponere possunt: nec sunt adstricti legibus, quae plenissimam eis facultatem tribuunt disponendi *l. verbis legis* 120. *ff. de V. S. auth. de Nupt* §. *disponat.* Neque justitiam, aut leges labefactant, si hoc, vel illo modo contrahant, si huic potius quam illi res suas relinquant: adeoque suae inscitiae, vel oscitantiae imputare debent, si aliud voluerunt.

Praeterea observandum est, quod in laudata *l. et puto* §. 1. *ff. fam. ercisc.* multa concurrunt, qui non possit aliter accipi sententia Judicis. Concurrit votum et intentio litigantium, qui volunt a communione discedere, ac propterea agunt actione familiae eriscundae: maxime in specie ab Ulpiano in ea lege proposita, quod heredes vellent a communione ususfructus discedere, ut proponitur ibi *in princ. Legis.* Concurrit pro-

positum et voluntas judicis, imo necessitas ipsi a Lege imposita, cum debeat, et secundum naturam actionis, et juxta petitionem litigantium ferre sententiam §. *Si familiae instit. tit. de offic. jud. l.* 1. *in princ. ff. fam. ercisc.* Concurrit et propria actionis natura, quae ad tollendam, non ad inducendam communionem est instituta *d.* §. *si familiae.*

8 Sed jam a diverticulo controversia suscepta repetatur. Hac de re disputat in utramque partem Celsus in *l. Labeo* 7. §. *Servius ff. de supell. leg.* Primum refert Servii sententiam existimantis, non ex opinionibus singulorum, sed ex communi usu nomina exaudiri debere. Deinceps refert opinionem Tuberonis contra sentientis: nam quorsum nomina, nisi ut demonstrarent voluntatem dicentis? adeoque nemo existimandus est dixisse, quod non mente agitaverit: Tandem Servii sententiam probat his verbis. *Sed etsi magnopere me Tuberonis et ratio, et auctoritas movet, non tamen a Servio dissentio: non videri quemquam dixisse cujus non suo nomine usus sit: nam etsi prior, atque potentior est quam vox, mens dicentis, tamen nemo sine voce dixisse existimatur*, et reliqua quae sequuntur.

9 Idem prorsus sensisse C. Aquilium testatur Cicero in oratione pro A. Caecinna n. 29. ed. 1695. Amstelodami, cui omnino credendum est, quia Aquilii sententia pro adversario faciebat: eam tamen refert, non tamen probat, cum contrarium in ea causa defenderet. Narrat igitur, Aquilium dixisse, non posse probari quemquam esse dejectum, nisi ex eo loco, in quo fuisset (agebatur enim in ea causa de interdicto unde vi). *Rem et sententiam interdicti mecum facere fatebatur, verbo me excludi dicebat: a verbo autem posse recedi non arbitrabatur.* In ea causa una tantum literula controversiam faciebat. AEbutius enim fatebatur quidem se a fundo Caecinnam ejecisse: negabat autem se dejecisse de fundo: quoniam hominibus armatis prohibuerat eum ingredi fundum, non autem in fundo morantem ex eo dejecerat: ac propterea se non teneri interdicto, quod dejectum restitui jubet, non ejectum. Igitur C. Aquilius maximus ea aetate Jurisconsultus fatebatur rem et sententiam interdicti cum Caecinna facere, sed a verbo recedi non oportere: adeo erat alligatus verbis, et scripto: idque voluntati, et sententiae praeferebat.

Ac ne quis putet, scriptum sententiae praeferendum esse solum in ultimis voluntatibus, non autem in contractibus, 10
Celsus in *l. non est ferendus* 2. *ff. de transact.* idem statuit in transactione. *Non est ferendus*, ait, *qui generaliter in his, quae ei testamento relicta sunt, transegerit: si postea caussetur de eo solo cogitasse, quod prima testamenti parte: ac non etiam quod posteriore legatum sit.* Non est ferendus, inquit; igitur judex hujusmodi quaestionem voluntatis debet repudiare, et secundum scriptum pronunciare.

Idem Celsus in *l. quicquid adstringendae* 99. *in princ ff.* de *V.O. Quicquid adstringendae obligationis est, nisi palam verbis exprimitur, omissum intelligendum est etc.* Nec rursum promissor ferendus est, si ejus intererit de certis potius vasis forte, aut hominibus actum. Utrumque comprehendit Celsus; et stipulatorem, et promissorem; neuter a verbis recedere debet obtentu contrariae voluntatis.

Quamvis haec perspicua ac certa videantur; tamen contraria sententia, quae 11
voluntatem verbis anteponit cum ratione, tum multarum legum nititur auctoritate. Ratione: quia ab hominibus, ut ait Horatius, inventa sunt verba, quibus voces, sensusque notarent, et verba voluntati famulantur, quae si posset sine verbis intelligi, cognoscique, verba essent omnino supervacanea. Recte Cic. *pro A. Caecin. Voluntas, quae si tacitis nobis intelligi posset, verbis omnino non uteremur: quia non potest, ver-*

ba reperta sunt, non quae impedirent, sed quae indicarent voluntatem, et ut ajebat Tubero: quorsum nomina nisi, ut demonstrent voluntatem dicentis. *l. Labeo* 7. §. *Servius ff. de supell. leg.* Quamobrem prior est ac potentior, quam vox, mens dicentis, ut ibi fatetur Servius, contrariae sententiae assertor. Est igitur calumniatoris officium, verba, et literas sequi, et negligere voluntatem. Cornific. *ad Heren. lib.* 2. *Neque enim tantopere laboramus in exploranda verborum significatione, nisi ut mentem scribentis assequamur.* Eodem tendunt omnia argumenta, omnes conjecturae, quibus utimur in causis agendis.

12 Rationi accedit plurimarum legum auctoritas. Paulus in *l. qui quartam* 15. *ff. de leg.* 1. *Qui quartam partem bonorum legare voluit, dimidiam scripsit: Proculus recte ait posse defendi, quartam partem legatam, quia inesset dimidiae. Idem erit etsi quinquaginta voluit legare, et centum scripta sint: quinquaginta enim debebuntur. Sed etsi plus legare voluit, et minus scripsit, valebit legatum.* Hujus rei elegantissimum affert exemplum Quinctilian. *instit. orat. lib.* 7. *c.* 6. *Qui sestertium nummum quinque millia legaverat: cum emendaret testamentum, sublatis sestertiis nummis, argenti pondo posuit, quinque millia remanserunt: apparuit tamen quinque pondo dari voluisse, quia ille in argento legato modus inauditus erat, et incredibilis.*

Ulpianus in *l. librorum* 52. §. *quod tamen Cassius ff. de leg.* 3. *Quod tamen Cassius de membranis puris scripsit, verum est: nam nec chartae purae debentur libris legatis, nec chartis legatis libri debebuntur, nisi forte et hic nos urserit voluntas.* Modestinus in *l. cum quidam* 8. *ff. de supellect. leg.* respondet, *si quid in supellectili argentum est, deberi: escale autem, vel potorium argentum non deberi, nisi hoc quoque testatorem sensisse legatarius doceat.* In *l. quisquis* 95. *ff. de leg.* 3. *Voluntatem praeterea defuncti, quae maxime in fideicommissis valeret ei sententiae suffragari.* In *l. cum virum C. de fideic. Sane quoniam in fideicommissis voluntas magis, quam verba plerumque intuenda est.* In *l. cum de lanionis* 18. §. *item caccabos ff. de inst. vel instrum. leg. Optimum ergo esse Pedius ait non propriam verborum significationem scrutari, sed in primis quid testator demonstrare voluit.*

Ulpianus in *l. si quis vinum* 9. *in princ. ff. de trit. vin. et ol. leg. Si mulsum sit factum vini appellatione non continebitur proprie, nisi forte paterfam. etiam de hoc sensit. Certe zythum, quod in quibusdam provinciis ex tritico, vel hordeo, vel pane conficitur, non continebitur etc.* Subdit post aliarum potionum numerationem, quae vini appellatione non continentur: *nisi alia mens testantis fuit.* Sed hanc legem memini me alias luculenter exposuisse.

Multo clarius id probatur auctoritate Hadriani Imperatoris, cujus constitutionem refert Pomponius in *l. Divus* 22. *in princ. ff. de usu, et habitatione.* Ibi: *Divus Hadrianus, cum quibusdam usu sylvae legatus esset, statuit fructum quoque eis legatum videri, quia nisi liceret legatariis caedere sylvam, et vendere, quemadmodum usufructuariis licet, nihil habituri essent ex eo legato.* Nimirum legata erat sylva caedua, cujus nullus usus, nisi caedi posset.

Magis urget Pomponii dictum in *l. Proculus* 19. *ff. de usufr.* qui putat insulam ita legari posse AEdium mearum, quoad altius, uti nunc sunt, aedificatae sint, illi usumfructum do, lego. Testator legat usumfructum insulae, et legato continetur ipsa insula. Longe differunt fundus seu insula ab usufructu, adeo ut si testator fundum leget, cum nolit legare usumfructum, nihilominus ususfructus legato continetur *l. si alii* 19. *ff. de usufr. leg.* ergo et si leget usumfructum, cum voluerit legare insulam, debebitur ususfructus, quem le-

gavit, non insula, quam non legavit. Si legato fundo non debetur sola proprietas, etiamsi id senserit testator, nec legato usufructu debebitur proprietas, etiamsi testator voluerit legare proprietatem: si quidem neglecta voluntate, verborum vim tantummodo credimus inspiciendam.

Idem Pomponius in *l. inter vestem* 33. *ff. de aur. leg. Difficultatem facit mens legantis si et ipse solitus fuerit uti quadam veste, quae etiam mulieribus conveniens est. Itaque ante omnia dicendum est eam legatam esse, de qua testator senserit, non quae revera, aut muliebris, aut virilis sit. Nam et Quinctus Mucius ait scire se quemdam Senatorem muliebribus caenatoriis uti solitum, qui si legaret muliebrem vestem, non videretur de ea sensisse, qua ipse quasi virili utebatur.*

Imperator Justinianus in *l.* 3. *C. de liber. praeter. Cum enim manifestissimus est sensus testatoris, verborum interpretatio nusquam tantum valeat, ut melior sensu existat.* Clarius definiri non poterat id quod quaerimus.

Facit etiam pro hac sententia Ulpianus in *l. cogi* 16. *ff. ad S. C. Trebell.* nec non Hermogenianus, et Paulus in duabus Legibus antecedentibus, in quibus omnes communi consensu statuunt, heredem cogi restituere hereditatem non solum si hereditatem restituere rogatus sit, sed etiam si familiam, si pecuniam, si universam rem suam, si omnia sua, si patrimonium, si facultates, si quicquid habet, si censum suum, si fortunas suas, si substantiam suam, si peculium suum restituere rogaverit testator, nisi probetur, eum aliter sensisse: in ambiguo enim de successione sensisse statuit Ulpianus. Igitur quamvis verba notent res ab hereditate longe diversas, tamen si illis hereditatem voluit significare testator, verborum significationem posthabemus, et quod magis est, neglecta verborum significatione, ita testatorem voluisse praesumimus.

Quidam efferunt ad hoc probandum 13
totum titulum Codicis: *plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur:* et ex eo titulo allegant *l. 1.* 2. 3. 4. in quibus habetur id quod actum est, valet, non quod scriptum. Non recte, ut mea fert sententia. Nam ille titulus tam alienus est a nostra quaestione, quam quod maxime. Ibi enim pertractatur de illis, qui aliud agunt, aliud se agere simulant. Hi fingunt, non ex animo agunt. Quod vere et ex animo egerunt, non quod finxerunt, valere oportet. Fictio cedat veritati necesse est: ac propterea etiam scriptura rei gestae cedat oportet. Nam illi veritatem et rem gestam celare sategerunt, rem simulatam in scripturam redegerunt, ut incautis, reique gestae et conventionis inter eos initae ignaris imponerent: ut constat ex laudatis Legibus.

Quae in ultimis voluntatibus, eadem 14
et in contractibus sunt constituta. In his semper id, quod actum est, quaeritur, nempe quid senserint contrahentes, cum inter se contrahendo convenerunt. In *l. quod Celsus* 6. §. 1. *ff. de contr. empt. In emptis enim, et venditis, potius id quod actum, quam id, quod dictum sit, sequendum est,* In *l. ult. ff. de heredit. vel act. vend. Imo semper quaeritur in ea re, quod actum fuerit.* In *l. fistulas* 78. *in princ. ff. de contr. empt. Apparere id actum esse, ut id quoque accederet, licet scriptura non continetur. l. cum manu sata* 80. §. *silva ff. eodem. Servium respondisse, primum sequendum esse, quod appareret actum esse.* In *l. dotis* 7 §. *si ususfructus ff. de jur. dot. Celsus libro decimo digestorum ait interesse, quid acti sit, et, si non appareat, aliud actum, putare se etc.* Similia exempla sunt in *l. qui usumfructum* 36. §. *Si stipulatus ff. de usufr.* in *l.* 2. §. 1. *ff. de hered. vel act. vend.* in *l. id quod* 7. *ff. de pericul. et comm. rei vend.* in *l. In lege* 77. *ff. de contr. empt.*

15 Animadvertendum tamen est, quod in laudatis Legibus scriptum non repugnabat voluntati contrahentium, adeoque non erat controversia, scriptonè, an voluntati standum esset. Aut enim nihil erat dictum a contrahentibus de re controversa, et tunc utique spectanda est voluntas contrahentium: aut si non apparet, secundum jus est respondendum, ut fit in plerisque superiorum Legum. Aut verba erant ambigna, et tunc semper ad voluntatem contrahentium traducenda sunt *l. in ambiguis* 96. *l. in obscuris* 114. *ff. de reg. jur. l. ubi est verborum* 21. *ff. de reb. dub.*

CAPUT XIX.

Ad eamdem L.

SUMMARIUM.

I. In voluntate ambigua verbis claris inhaerendum. Voluntas quando sit ambigua.
II. Non potest haberi ratio ejus, quod quis vult, nisi id dixerit.
III. A scripto recedere ex conjecturis valde periculosum et prope infinitum n. IV.
V. In voluntate manifesta, verbis standum non est, nisi perspicua sint.
VI. Exemplum voluntatis manifestas et verborum ambiguorum in l. librorum. §. quod tamen Cassius ff. de leg. 3. et in l. Divus ff. de us. et habit. n. VII.
VIII. Plura ambigui genera.
IX. In iis, quibus vocabula hominum arbitrio indita sunt, usum et voluntatem disponentis sequimur.
X. Conciliatur l. Labeo 7. §. Servius ff. de supellect leg. cum l. 8. ff. eod.
XI. Explicatur l. Proculus 19. ff. de usufr.
XII. Si plus dictum; minus scriptum sit, attenditur potius dictum, quam scriptum. Affsruntur exempla n. XIII. XIV.
XV. Sed si quod minus scriptum est, pertineat ad substantiam dispositionis, hoc attenditur: et si dispositio deficiat, neutrum attenditur.
XVI. In fideicommissis spectatur potius voluntas, quam verba.
XVII. Et in conditionibus.

1 Expositis argumentis in utramque partem, modo superest disquirendum, quae sententiae tenenda sit, quaeque sit maxime consentanea veritati. Ego, si quid hac in re possum arbitrari, sic statuo.

Prima sit regula. *Quoties verba clara sunt, et voluntas ambigua: verbis est inhaerendum, nec voluntas in disquisitionem vocanda.* Et hoc est, quod ait Paulus in *l. ille aut ille* 25. *ff. de leg.* 3. *Quum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio.* Utinam hoc nostri judices observarent, quantum multitudo litium minueretur? quot controversiae facillime dirimerentur? Hinc seges uberrima cavillationum, disceptationum, contentionum forensium, quae in infinitum progrediuntur, quae non solum emungunt, sed etiam excossant miseros litigantes. Gravis morbus, et in dies ingravescens: nulla enim potest adhiberi medicina, quia maximum in foro versantibus affert emolumentum. Cum dixi voluntatem ambiguam, non id volui dicere, scripto inherendum solummodo, cum incerta est, et obscura voluntas: sed etiam quandocumque non est manifesta, nec adeo perspicua, sicut ipsa verba. Et hoc est, quod recte praecipit Marcellus in *l. non aliter* 68. *ff. de leg.* 3. *Non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestum est aliud sensisse testatorem.* Ut a verbis recedatur, non sufficit, ut de voluntate possit disputari, sed oportet eam esse manifestam. Si manifesta non sit, si levibus conjecturis nitatur, non est audiendus, qui verba cavillatur, et rem perspicuam vocat in disceptationem: non est admittenda voluntatis quaestio. Et huc pertinent *l.* 4. *in princ. ff. de leg.* 1. *l. Labeo* 7. §. 1. *ff. de supell. leg. l. si alii* 19. *ff. de usufr. leg. l. non est ferendus ff. de transact.* et aliae, quas ad probandam primam opinionem exposuimus in superioribus. Eleganter Cicero *de invent. Nihil eos, qui judicant, nisi id, quod scriptum sit, spectare oportere*: et hoc eo magis, si legitimum scriptum proferatur, id est aut lex ipsa, aut ex lege aliquid. Hujus autem multiplex est ratio. Prima, 2 eaque potissima, quia non sufficit testatorem voluisse aliquid, nisi hoc in

testamento dixerit *l. quidam* 46. *ff. de hered. instit.* Igitur nulla potest haberi ratio voluntatis, quoties aliud dixit in testamento: etiamsi enim aliud voluerit, tamen cum id non dixerit, quia id verba non significant: quo ad id, quod voluit, deficit dispositio *l.* 3. *ff. de rebus dub. l. Labeo* 7. *in fin. ff. de supell. leg.* ac propterea voluntas illa in mente retenta nullum habet effectum.

3 Altera, quia valde periculosum est, a scripto recedere. Plerumque enim nec id quod scriptum est, sequimur, nec id, quod voluit testator. Conjecturae enim admodum fallaces sunt, eaeque nunquam venerunt in mentem testatori. Itaque cum volumus mentem retrusam testatoris indagare, ab ea quam longissime recedimus. Optime Cornif. *ad Herem lib.* 2. *Deinde ostenditur, quam periculosum sit a scripto recedere.* Cic. *de Clar. orat. Quam captiosum esset populo, quod scriptum esset, negligi, et opinione quaeri voluntates, et interpretatione disertorum, scripta simplicium hominum pervertere.* Pervertunt scilicet voluntates defunctorum, cum verba, quae certa sunt atque perspicua, repudiant: voluntatem, quae dubia est, et in occulto latet, consectantur. Incerta certis, obscura perspicuis anteponunt. Sapienter M. Tullius *in partit. Cur, cum ea quae plane scripta sint, neglexit; quae nunquam scripta sint, proferat.* Nimirum ex judicibus conjectores, et vaticinatores fiunt alienae voluntatis: quo fit, ut saepenumero, quo diligentius odorari curant, quid testator voluerit, eo longius aberrent ab ejus voluntate.

4 Adjungitur tertia ratio, quia id prope infinitum, nullisque restrictum legibus imperium tribuit pro suo arbitrio judicandi, ut animadvertit Cic. *de invent. lib.* 2 *n.* 28. *ed. Gothofr. Eos, qui judicent, certum, quod sequantur, nihil habituros, si semel a scripto recedere consueverint.* At vero, quod sane deplorandum est, non solum jamdiu consueverunt, sed etiam omnes fere causas, ad conjecturales redegerunt: adeoque nullis vinculis in judicando coercentur. Conjecturas enim quilibet tanti aestimat, quanti placuerit: plena enim sunt omnia disputationibus Jurisconsultorum de singulis conjecturis acerrime disceptantium, levesne sint, et imbecilles, an fortes, ac vehementes; et quam magnus earum cumulus esse debeat, ut animum judicis permovere possit, ac suadere. Immensum est conjecturarum pelagus, in quo enavigando quilibet judex a proprio ingenio profectam cynosuram spectat, et contuetur. Sed haec ratio, quantum conjectura possum augurari, nullam in animis judicum habebit vim, persuadendi. Itaque ad secundam regulam progrediamur.

Altera regula sit. *Si verba non sint perspicua, nec unam tantum rem significent; sit autem manifesta voluntas, non verbis, sed voluntati standum est.* Traditur haec a Marcello in *L. non aliter* 69. *in princ. ff. de leg.* 3. *Non aliter a significatione verborum recedendum est, quam cum manifestum est aliud sensisse testatorem.* Requirit JC. manifestam voluntatem testatoris, ut possimus recedere a significatione verborum. Manifestissimam requirit Imperator noster in *L.* 3. *C. de liber. praeter. Cum enim manifestissimus est sensus testatoris, verborum interpretatio nusquam tantum valeat, ut melior sensu existat.* Animadvertendum autem est, hic verba exheredationis non fuisse usque adeo clara, ut non indigerent interpretatione: quoties igitur necessaria est in verbis interpretatio, et manifestissimus est sensus testatoris, hic praeferendus est verbis. Praeterquam quod in specie hujus Legis sensus testatoris apparebat ex ipsis verbis: licet enim testator perspicue non dixisset: *Filius meus exheres esto*: quae sunt propria exheredationis verba *L.* 2. *ff. de liber. et post.* sed tamen usus fuit verbis idem signifi-

cantibus: *Filius meus alienus meae substantiae fiat:* nam et substantiae nomen significat hereditatem *L. cogi in princ. ff. ad S. C. Trebell.* a qua ipsum manifeste repellit testator illis verbis *alienus fiat*, quibus ab eo alienat hereditatem, hoc est, exheredat. Quamobrem non solum hic verba non pugnant cum voluntate, sed imo ex ipsis verbis colligitur manifesta testatoris voluntas.

His probe constitutis, facile explicantur Leges, quae pro voluntate contra scriptum proferuntur, in quibus semper ambigua verba proponuntur. In *l. librorum* 52. §. *quod tamen Cassius ff. de leg.* 3. *Licet enim legatis libris membranae purae et chartae purae non contineantur, nec legatis chartis libri debeantur; tamen cum in usu libros plerique chartas apellent.* Dicto §. *quod tamen Cassius*, hoc efficitur, ut verba illa sint ambigua, adeoque voluntati standum sit. Observa autem verba quibus utitur Jurisconsultus: *nisi forte et hic nos urserit voluntas*: urgentem et claram voluntatem desiderat: veluti si chartas universas reliquerit, qui nihil aliud quam libros habebat, Studiosus Studioso. Illud etiam velim observes, quod ei non sufficit quorumdam usus, sed desiderat usum plerorumque. Vide quam multa requirat, ut a propria verborum significatione recedat. Plane verissimum est, quod a plerisque libri vocantur chartae. Catull. *ad Mam.* 69. *Sed dicam vobis, vos porro dicite multis Millibus, et facite haec charta loquatur anus.* Indicat suum libellum, de quo dixerat in *ep.* 1. *Plus uno maneat perenne seclo.* Id: *de historia Cornelii Nepotis*, ejusque breviloquentia ead. *ep.* 1. *Jam tum, cum ausus es unus Italorum omne aevum tribus explicare chartis doctis, Juppiter et laboriosis.* Virg. *ad Messal. Naturae rerum magnis intexere chartis.* Cic. *pro M. Caelio. Chartae quoque, quae illam pristinam severitatem contibebant, obsoleverunt.* Loquitur de libris Philosophorum. Et Ovidius 3. *de Tristib. eleg.* 2. *Nullus in hac charta versus amare docet*, et Persius quoque dixit *Satyr.* 5. *nocturnis impallescere chartis.* Et quidem recte. Etenim, ut refert Plinius *lib.* 3. *cap.* 11. Veteres primum in foliis arborum et palmarum scripsere, quo pertinet illlud Virgilii *Æneid.* 6. *foliis ne carmina manda.* Deinde in quarumdam arborum libris: demum condita Alexandria usus chartae inventus, quae ex papyro AEgyptiaca conficiebatur. Itaque liber ex corticibus arborum, charta ex papyro. Cum autem tam in libro quam in charta scriberetur, et idem prorsus esset utriusque usus, non mirum si chartae pro libris, et libri pro chartis acciperentur. Est igitur utraque vox ambigua, atque eapropter voluntati standum est. Nam in ambiguo sermone non utrumque dicimus, sed id tantum quod volumus. *L.* 3. *in princ. ff. de reb. dub.*

7 In *l. Divus* 22. *ff. de usu et habit.* utique cui legatus est usus caeduae, potest eam caedere et vendere, quid quoties usus alicujus rei consistit in abusu potest idem usuarius ac fructuarius *l.* 5. §. *ult. D. de usufr. ear. rer.* ubi ait Ulpianus. *Quae in usufructu pecuniae diximus, vel caeterarum rerum quae sunt in abusu, eadem et in usu dicenda sunt: nam idem continere usum pecuniae usum fructum, et Julianus scribit et Pomponius libro octavo de stipulationibus.* Et in *l. quoniam* 10. §. 1. *ff. eod. si usus tantum pecuniae legatus sit, quia in hac specie usus appellatione, etiam fructum contineri magis accipiendum est.* Eaque ratio est, quia nisi liceret pecuniam expendere et caeteras res, quae usu consumuntur, consumere, nullus esset earum usus sylvae caeduae, si non liceret legatario eam caedere et vendere, quod aperte nos docet Imperator Hadrianus in ea Lege illis verbis: *quia nisi liceret legatariis sylvam caedere et vendere, nihil habituri essent ex eo legato. d. l. Divus* 22. *ff. de usu et habit.*

Atque id eo magis est rationi consentaneum, quod verbum *usus* natura sua generale est, et comprehendit etiam usumfructum. Nam et fructuarius utitur re, in qua usumfructum habet. Quamobrem aliquando usus et ususfructus promiscue accipiuntur. Cic. *in Topic. in princ. Non debet ea mulier, cui vir bonorum suorum usumfructum legavit, cellis vinariis et oleariis plenis relictis, putare id ad se pertinere: usus enim non abusus legatus est.* Lucretius *lib.* 3. quoque usum dixit vitae nos habere, licet vita non solum utamur, sed etiam fruamur. *Vitaque mancipio nulli datur, omnibus usu.* Et Cicero *in Tuscul.* vitam nos utendam ait accepisse. Et de *nat. Deor. lib.* 2. *Quod si omnes mundi partes ita constitutae sunt, ut neque ad usum meliores potuerint esse, neque ad speciem pulchriores, mundi partium non solum habemus usum, sed etiam fructum.* Et 4. *in Verr. Quae bona is qui testamentum fecit, huic Heraclio, antequam est mortuus, omnia utenda possidenda tradiderat.* Imo quod Ulpianus in *l. si habitatio* 10. §. 1. *ff. de us. et habit.* ait, sed si χρῆσις sit relicta, an usus sit, videndum, et Papinianus libro responsorum ait usum esse, non etiam fructum relictum. Contra Cic. *lib.* 7. *epist.* 30. cum Curius ad eum in superiore epistola scripsisset: sum enim χρήσει μὲν tuus κτήσει δὲ Attici nostri, respondit, *Atticum nostrum, cujus quando proprium te esse scribis mancipio et nexu meum autem usu et fructu, contentus isto sum.* χρῆσιν interpretatus est, usum, et fructum. Eadem ratione in legibus duodecim tabularum, de quibus idem Cicero pro *Caecin.* 54. *Lex usum et auctoritatem fundi jubet esse biennium.* Quo pertinet illud Horat. in *sermon.* 2. *lib.* 2. *Quaedam, si credis consultis, mancipat usus.* Hinc a nostris usucapio est appellata, quod usu dominium acquiratur. Verumtamen qui usucapit, non tantum habet usum rei, quam usucapit, sed etiam fructum. Quid? quod aliquando nomen usus etiam dominium et proprietatem comprehendit, ut in *l. ult. ff. de usufr. ear. rer. quae usu consum.* in *l. donationes* §. *species ff. de donat.*

Hic autem opportune est animadver- 8
tendum, plura esse ambigui genera. Ambiguum enim aliquando nascitur ex dispositione verborum: quemadmodum illud est, quod a M. Tullio proponitur in libro 2. *de invent.* et a Cornific. *l.* 1. *Haeres meus uxori meae vasorum argenteorum pondo centum, quae volet, dato:* ubi verba illa *quae volet,* et ad uxorem et ad heredem referri possunt. In hoc ambiguo semper voluntati testatoris standum est: neque enim hic voluntas cum scripto pugnat, neque ab eo dissentit: atque ideo interpretatione et scriptum voluntati, et voluntas scripto est accommodanda, ut neutrum ab altero dissentiat. Aliquando ambiguum nascitur ex aliquo verbo quod in duas pluresve sententias trahi potest. Et hoc meo judicio duplex est. Nam aut verbum ambiguum duas habet significationes, et a scriptoribus communiter aut ab usu populari in utraque significatione aeque solet accipi: et in hoc ambiguo solum de voluntate proferentis est quaerendum. Etenim in hoc quoque non discrepat a scripto voluntas, quia testator id voluit quod verbum significat, licet in alia quoque significatione accipi possit *l. in ambiguo ff. de reb. dub.* aut verbum secundum propriam significationem, et usum communem certam rem demonstrat, ac designat: sed tamen inspecta primaeva ejus origine ac significatione, potest plura comprehendere, ut in superioris legis explicatione in verbo *usus* evenire diximus: et tunc, ut verbum illud juxta primaevam, ac generalem significationem interpretemur, manifestam, et indubitatam voluntatem testatoris requirimus *l. non aliter* 69. *ff. de leg.* 3. Discrepat enim a scripto voluntas, aliud verba praeseferunt. Quod si verbum trahi non possit in eam sententiam, quam

praesefert voluntas scribentis, tunc utique scripto standum est, ut perspicue probant omnes leges, quas pro scripto expendimus in superiore.

9 Duas alias leges explicemus. In *l. inter vestem* 33. *ff. de aur. et arg. leg.* ideo voluntas et usus testatoris attenditur, quia vestis virilis a muliebri solo usu differt. Muliebris enim vestis dicitur, quae matrisfam. causa est comparata, qua vir non facile uti potest sine vituperatione: virilis, quae ipsius patrisfam. comparata est. *l. vestis* 24. §. 1. *ff. eod.* Quamobrem si paterfam. sui ipsius causa vestem paraverit, eaque domi utatur tamquam virili, licet ea soleant uti mulieres, illa quoad testatorem est vestis virilis. Domi enim etiam sine vituperatione potest quilibet uti ea veste, qua voluerit: ac propterea Quinctus Mucius referebat, scire se quemdam Senatorem muliebribus caenatoriis uti solitum *d. l. inter vestem*; itaque vestis illa cum ex destinatione, tum ex usu testatoris in virilem quodammodo est transformata: propterea et voluntatem et usum testatoris sequimur *l. ubi est ambiguitas ff. de reb. dub. l. servus* 50. §. *ult. ff. de leg.* 1. nec tamen a verbis recedimus, cum ea ad hanc significationem detorserit usus, et destinatio testatoris. Haec enim vocabula hominum arbitrio indita sunt, nec immutabilia sunt, ut rerum vocabula *l.* 4. *D. de leg.* 1. *l.* 7. §. 1. *D. de supell. leg. l. si cui aedes* 31. *D. de leg.* 3.

10 Ex his dirimi potest controversia inter Servium, et Modestinum, quorum ille in *l. Labeo* 7. §. *Servius D. de supell. leg.* ajebat legato suppellectilis non contineri argentum escarium, etiamsi testator hoc adscribere supellectili solitus fuisset: hic autem in *l.* 8. *eod.* ait contineri: si de hoc etiam testator senserit. Etenim animadvertendum est, quod considerata veterum Romanorum parsimonia, et frugalitate, qui fictili, aut lignea, aut vitrea, et aerea supellectili utebantur *l. Labeo* 7. §. 1. *D. de supell. leg.* argentum escarium et potorium supellectilis appellatione non continebatur, sed argenti nomine *l.* 1. *l.* 3. §. *nec interest l.* 7. §. 1. *D. de supell. leg.* Certe Cicero supellectilem semper distinguit, ac separat ab argento. *Lib.* 11. *ad Attic. ep. ult. Te oro, ut in perditis rebus, si quid cogi, conficique potest, quod sit in tuto, ex argento, neque satis multa ex supellectile, des operam.* Et in *Verr. Lib.* 2. *studiosus haec compararat, supellectilem ex aere elegantiorem, et Deliacam et Corinthiam: tabulas pictas, etiam argenti bene facti, prout Thermitani hominis facultates ferebant, satis.* Postea vero Asiae deliciis prisca severitate mitigata, luxuque gliscente invaluit usus argenteae supellectilis, et etiam argentum escarium et potorium supellectili coepit adnumerari. Nec perperam meo judicio. Nam vasa escaria et potoria supellectilis sunt. *l.* 3. §. *vitrea l. vasa D. de supell. leg. Paul. lib.* 3. *sentent. tit. de legat.* §. 70. *Horat. Serm.* 6. *lib.* 1. *vilis cum patera guttus Campana supellex.*

Quidni igitur et vasa argentea ad edendum, bibendumque comparata supellectili adscribantur, postquam increbuit consuetudo ea ex argento conficiendi? Etenim speciem potius rerum, quam materiam intueri oportet, supellectilis potius, an argenti, an vestis sint *l.* 7. §. 1. *in fin. D. de supellect. leg.* Itaque Paulus *Lib.* 4. *sentent. tit. de legat.* §. 67. sine ulla haesitatione haec vasa ad supellectilem adscripsit. Ibi: *supellectile legata capsae, armaria, non solum librorum, aut quae vestis ponendae gratia parata sunt, debentur: sed et byssina, et crystalla, et argentea, et vitrea vasa tam escaria, quam pocularia, et vestes stratoriae legato cedunt.* Locus valde corruptus. Viri docti emendant, et quidem meo judicio rectissime. *Non quae solum librorum avi vestis ponendae gratia parata sunt:* ne Paulus a se ipso dissentiat, qui in *l.* 3.

§. *praeterea D. de supell. leg.* contrarium scripsit. Fortasse etiam librarius omisit verbum *quae* post particulam *non*, cum iterum esset adjectum post verba, *aut quae*, ne bis idem verbum repeteret: ideoque ita legi potest: *non quae solum librorum*, *aut quae vestis etc.* quod est elegantius. Ac si nihil mutare placeat particula *non* erit referenda ad verbum *solum*. Emendant etiam verbum *byssina*, quod nullum idoneum sensum habet, et mutant in *murrina* aut *buxina*, hoc est, ex buxo fabrefacta *Murrina* magis placet: quae cum crystallinis conjunxit idem Paulus in *l.* 3. §. *de murrinis ff. de supellect. leg.* Est enim maxime conveniens, ut quae magni pretii sunt, et de quibus dubitatur, simul jungantur, ut sunt murrina, crystallina, argentea, de quibus pertractat etiam in laudata *l. tertia.*

Quantum ad rem nostram pertinet, propter communem populi usum, qui supellectili abscribit etiam vasa argentea ad edendum et bibendum parata, ambiguum nascitur, utrum argento, an supellectile contineantur; in ambiguo autem voluntas testatoris spectanda est, ut diximus. Ideoque Modestinus in laudata *l. quidam* 8. *ff. de supell. leg.* ait, haec quoque deberi, si de his quoque testatorem sensisse probatum fuerit: quemadmodum de candelabro argenteo respondit Paulus in *l.* 3. *in fin. ff. eod.* Tempore autem Servii, cum nondum increbuisset usus argenteae supellectilis, nes eo tempore error jus faceret, verbis non voluntati standum erat. Porro Modestinus fortasse lautitiam luxumque Romanorum morose fastidiens non facile adducebatur, ut argentum escarium et pocularium supellectili adscriberet voluntas testatoris, quod facile Paulus multo indulgentior admiserat.

11 Superest explicanda l. *Proculus ff. de usufr.* a nostris interpretibus maxime vexata. Omitto eos, qui putant in legato ibi proposito solum usumfructum contineri, quorum sententiam non improbo. Sed ne a communi opinione recedamus, quae verbis Legis est magis consentanea, dicendum est, ibi proprietatem legatam videri, hoc est, non solum usumfructum insulae, sed ipsam insulam, non vi solius verbi *ususfructus*, nec ex vi solius voluntatis aliis verbis non significatae. Extenditur quidem legatum ususfructus ad totam insulam ex voluntate testatoris: Sed haec voluntas non ex conjecturis ex interpretum mente prognatis colligitur, sed ex verbis, et toto complexu dispositionis indubitanter apparet. Testator enim adjiciendo conditionem illam: *quoad altius*, *quam uti nunc sunt*, *aedificatae non erunt;* aperte declaravit, se legare etiam proprietatem: haec enim conditio impleri non potest, nisi legato etiam proprietas contineatur. Etenim si proprietas illarum aedium non ad legatarium, sed ad heredem pertineret, non possent aedes illae servitutem altius non tollendi debere aliis aedibus heredis, cum res sua nemini serviat. *l. uti frui ff. si ususfr. petat. l. in re communi ff. de servit. urban. praed.* Itaque conditio adjecta efficit, ut voluntas transeat in dispositionem. Licet enim conditio non disponat *l. si quis sub conditione* 8. *ff. si quis omissa causa testam.* tamen habet vim declarandae voluntatis, et secundum eam extendendae vel adstringendae dispositionis. Optimum exemplum in *l. denique Pegasus* 8. §. *interdum ff. de pecul. leg. Interdum*, inquit, *si non sit legatum peculium*, *velut legatum sic accipitur.* Id efficit adjecta conditio, quam subjicit. Testator enim servo libertatem dederat: de peculio nihil dixerat: sed legato libertatis conditionem adjecerat: si rationes reddidisset et centum heredibus intulisset. Imperator ex eo, quod testator jusserat, servum ex peculio centum inferre, rescripsit etiam peculium legatum fuisse. Aliud exemplum in *l. species* 15. *ff. de aur. et arg. leg.* ubi Scaevola: *species argenti legavit Sejae, et ab ea petiit in haec verba: a te Se-*

ja peto, ut quicquid tibi specialiter in auro, argento legavi, id, cum morieris, reddas, restituas illi et illi, vernis meis, quarum rerum ususfructus, dum vives, tibi sufficiet. Quaesitum est, an ususfructus auri, et argenti solus legatariae debeatur: respondit, verbis, quae proponerentur, proprietatem legatum, addito onere fideicommissi. Observandum est, quod proprietas etiam legato continetur, et quidem non ex sola voluntate testatoris, sed ex verbis, ut ait Scaevola, quia non potest restituere, nisi id sit consecuta. Ususfructus autem facile trahit ad se proprietatem, et cum ea commiscetur, et ut ajunt nostri, cum ea consolidatur. Elegans est Ciceronis responsum in *epist.* 30. *lib.* 7. *cujus quando proprium te esse scribis mancipio et nexu, meum autem usu, et fructu: contentus isto sum: id enim cujusque est proprium, quo quisque fruitur, atque utitur.*

12 Ad tertiam regulam progrediamur. Ea sit hujusmodi. *Quando plus dictum, minus scriptum est, attenditur potius dictum, quam scriptum.* Evenit hoc primum, quando testator aliquid dixit; testamentarius, vel etiam ipse testator per errorem minus scripsit. Quaemadmodum relatum est in *l. quoties* 9. §. *sed si* 2. *cum seqq. ff. de hered. inst.* Ibi: *si cum dixisset ex semisse aliquem scribi, ex quadrante sit scriptus, posse defendi ex semisse heredem fore, quasi plus nuncupatum sit, minus scriptum: idemque est, etsi ipsi testator minus scribat, cum plus vellet adscribere. Sed etsi majorem adscripserit testamentarius, vel (quod difficilius est probatione) ipse testator, ut pro quadrante semissem; Proculus putat ex quadrante fore heredem, quoniam inest quadrans in semisse, quam sententiam et Celsus probat,* in *l. qui quartam* 15. *ff. leg.* 1. *Qui quartam partem bonorum legare voluit, dimidiam scripsit: Proculus recte ait, posse defendi quartam legatam, quia inesset dimidiae. Idem erit, etsi quinquaginta voluit legare, et centum scripta sint, quinquaginta enim debebuntur, sed et si plus legare voluit, minus scripsit: valebit legatum.*

Secundo, quando testator omisit quaedam verba, quae ad complendam orationem necessaria videntur, ut in *l.* 1. §. *si autem et duob.* §§. *seqq. ff. de heredibus inst. l. errore C. de testam.* Etenim quod deest aut ex verbis antecedentibus, et subsequentibus suppletur iis ad communionem assumptis, ut ait Papinianus in *l. cum pater* 77. §. *cum imperfecta* 22. *ff. de leg.* 2. et *l. unum ex familia* 61. §. *si omissa ff. eod.* aut suppletur a lege, ut in laudata *l.* 1. §. *si autem ff. de hered. inst.* et in *l. errore C. de testam.* Lex enim plerumque etiam imperfectam scripturam probat, maxime in fideicommissis, in quibus etsi verba fideicommissi desint, tamen pro fideicommisso accipit. *l. unum ex familia* §. *ult. ff. de leg.* 2. Ibi: *Et ideo Princeps providentissimus, et juris religiosissimus cum fideicommissi verba cessare animadverteret, eum sermonem pro fideicommisso rescripsit accipiendum l.* 2. §. *et nemo moriens C. comm. de legat. l. cum proponebatur* 64. *ff. de leg.* 2. *Etenim in causa fideicommissi, utcumque precaria voluntas quaereretur, conjectura potuit admitti l.* 2. *C. de his, quae sub modo leg.* ad quam intelligendam sciendum quod verbo *relinquo* neque legatum, neque fideicommissum inducebatur: non legatum, quia directum verbum non erat; non fideicommissum, quia nec erat precarium. *Paul. lib.* 4. *sent. tit.* 1. *de fideicomm.* §. 10. *Relinquo vero et commendo, nullam fideicommissi pariunt actionem.* Verumtamen si constet de voluntate testatoris, etiam verbum *relinquo* inducit fideicommissum aut legatum, ut in *l. Lucius* 78. §. *filium* 8. *ff. ad SC. Trebell. Ducentos aureos relinquo, quo legato scio illum contentum esse.* Verba illa *quo legato*

etc. certo demonstrant voluntatem testatoris legatum relinquere volentis. Sic et in *l. Pamphilo* 36. *in pr. ff. de legat.* 3. proponitur, testatorem ita scripsisse: *Scio omnia, quae tibi, Pamphile, relinquo ad filios meos perventura, cum affectionem tuam circa eos bene perspectam habeam.* Respondetur, *non videri quidem, quantum ad verba testatoris pertinet, fideicommissum Pamphili, ut centum restitueret, sed cum sententiam defuncti a liberto decipi satis inhumanum est, centum ei relictos filiis testatoris debere restitui, quia et in simili specie Imperator noster Divus Marcus hoc constituit.* Marci rescriptum a Papiniano relatum est in *l. unum ex familia*, §. *item Marcus ff. de leg.* 2. Non eadem est ratio, si dixerit testator: *puto te consecuturum*: haec enim verba fideicommissum non inducunt *l. generali* 32. *ff. de usu, et usufr. leg.* verba *scio*, *non dubito*, cum certam ac deliberatam voluntatem testatoris demonstrent, licet non ex natura sua, tamen ex legis interpretatione fideicommissum inducunt d. *l. unum ex familia* 67. §. *ult. ff. de leg.* 2. verum *puto*, cum opinionem tantummodo praeseferat, non inducit *d. l. generali.* Idem rescriptum est de verbo *commendo* in *l. ex verbo C. de fideicomm. libert.* ne quidem favore libertatis *l. quoties C. famil. ercisc. l. Thais* §. *Lucius Titius*, 6. *ff. de fideic. libert.* ubi plura alia concurrebant verba, quibus videbatur constare de voluntate testatoris: nihilominus respondit Scaevola non necessitatem heredibus impositam, sed arbitrium permissum. Recte, quia verbum *commendo* non obligat *l. ult. C. quod cum eo, qui in al. pot. l. si vero* 2. §. *cum quidam* 2. *ff. mand.*

14 Tertio, cum lex ipsa praesumit plus dictum, minus scriptum, ut in celeberrimo responso Papiniani in *l. cum avus ff. de cond. et demonstr.* Tunc autem nulla verba sunt necessaria. Neque enim ex interpretatione verborum, sed ex conjectura pietatis a lege suppletur, quod minus scriptum esse praesumit: *fideicommissi conditionem conjectura pietatis respondi defecisse, quod minus scriptum, quam dictum fuerat, inveniretur.*

Superior regula exceptionem habet: *Si quod minus scriptum est, ad substantiam dispositionis pertineat: quod minus scriptum est, attenditur, non quod magis dictum, et, si deficiat dispositio, neutrum attenditur.* Exempla proponuntur ab Ulpiano *in l. quoties* 9. *ff. de hered. instit.* Si testator alium heredem scribere voluit, alium scripsit, neuter heres erit: non, quem voluit, quia non scripsit: non, quem scripsit, quia non voluit: si quis lancem legare volens, vestem legaverit, neque lanx debetur, quia non legavit, neque vestis, quia legare noluit. Si voluit institutioni conditionem inserere, et non inseruit, nulla est institutio, quia institutus nec pure heres esse potest, quia testator noluit, nec sub conditione, quia non scripsit. Omissa conditio a lege non suppletur: adjecta detrahitur. Facilius lex detrahit aliquid, quam adjiciat. Sic etiam ab institutionibus detrahit certum tempus adjectum, et ab omnibus ultimis voluntatibus detrahit impossibiles conditiones §. *heres* 9. *cum seq. inst. tit. de hered. instit.* 15

16 Quarta regula, quam constituimus. *In fideicommissis voluntatem potius, quam verba spectamus:* tradita est ab Imperatoribus in *l. cum virum* 16. *in fin. C. de fideicomm. Sane quoniam in fideicommissis voluntas magis quam verba plerumque intuenda est.* et Marciano in *l. quisquis* 95. *in fin. ff. de leg.* 3. *Voluntatem praeterea defuncti, quae maxime in fideicommissis valeret, ei sententiae suffragari.* Exempla attulimus modo in explicatione superioris regulae, ex quibus etiam constat, cur Imperatores adjecerint *plerumque*, et Jurisconsultus *maxime*: quia non semper id obtinet, ut apparet ex laudatis exemplis. Ratio autem, qua haec regula nititur,

ea est, quia fideicommissa etiam sine verbis relinqui possunt, vel solo nutu *l. nutu* 21. *ff. de leg.* 3. *l. et in epistola C. de fideicomm.*

17 Quinta: *idem obtinet in conditionibus.* Ulpianus in *l. conditionibus* 19. *ff. de cond. et dem. In conditionibus primum locum voluntas defuncti obtinet, eaque regit conditiones.* Papinianus in *l. Pater Severianam* 101. *in princ. ff. eod. cum in conditionibus testamentorum, voluntatem potius, quam verba considerari oporteat.* Exempla plura occurrunt. Primum in *l. fideicommissa* 11. §. *si cui ita fuerit* 11. *ff. de leg.* 3. *Si cui ita fuerit fideicommissum relictum: si morte patris sui juris fuerit effectus, et emancipatione sui juris factus sit, non videri defecisse conditionem.* Mors ad emancipationem extenditur, quia utraque filium liberat a patria potestate. Effectum, quem voluit testator, non verba quantumvis perspicua, spectamus. Etenim testator illam conditionem adjecit, ut filio, non patri legatum acquireretur, quod utro modo contingat, nihil interest. Itaque et conditio emancipationis ad mortem, imo et ad deportationem trahitur *l.* 3. *C. de inst. et subst.* Paulus *lib.* 4. *sent. tit.* 16. §. 12. *In tempus emancipationis, vel cum sui juris erit fideicommissum relictum, quocumque modo patria potestate liberato debetur.* Et quidem statim debetur, statim enim cedit legati dies *l. si ita esset* 15. *D. qu. d. leg. ced.* Aliud exemplum proponitur ab Ulpiano in ea conditione: *si in tutelam suam venerit:* qua conditione significatur pubertatis tempus *l. cum filiofam.* 50. *ff. de leg.* 3. Atque haec est horum verborum significatio apud Oratores, Cic. *de invent. lib.* 2. *et de clar. Orator.* ubi refert acerrimam in foro disputationem inter Crassum et Scaevolam, cujus meminit etiam Quinctilianus *lib.* 7. *cap.* 6. Nihilominus tamen aliquando accipitur pro tempore, quo et pubes, et paterfam. erit: aliquando pro aetate vigintiquinque annorum, aliquando pro liberatione a morbo, propter quem curatorem habet *d. l. cum filiofam. ff. de leg.* 3. Idem responsum fuit de conditione: si sui juris fuerit factus, et in aliis, quae proponuntur in eadem *l. cum filiofam.* 50. §. *sic autem cum seqq. usque ad fin.* in quibus posthabita significatione verborum, id quod sensit, aut verisimile est sensisse testatorem, attenditur. Adeo, ut etiamsi dixerit, cum ad pubertatem pervenerit: id de aetate viginti quinque annorum sit intelligendum, si de hac aetate testatorem cogitasse verisimile sit: veluti si hanc conditionem adjecerit ei, qui jam pubes est *d. l.* 50. §. *ego quidem.* Sic etiam conditio: *si intra trigesimum annum decesserit hereditatem patruo restituat:* deficere dicitur, etiamsi intra trigesimum annum decesserit, si quidem liberos reliquerit, de quibus nullam fecit mentionem testator *l. cum avus* 102. *ff. de cond. et demonstrat. l. cum acutissimi C. de fideicomm.* Sed omnino singulare est quod dicitur in *l. talem* 51. *in fin. ff. de hered. inst. Stichus, si meus erit, cum moriar, heres esto:* manumissus a vivo testatore nihilominus heres est. Verba *si meus erit* interpretanda *si non fuerit alienatus*, quia ea testator adjecit, ut sibi, non alteri hereditatem acquireret.

CAPUT XX.

Ad l.* 1. §. 1. *ff. de leg. praestand.

SUMMARIUM.

I. Verba generalia generaliter intelligenda sunt. Exempla afferuntur.
II. Tam in contractibus.
III. Quam in ultimis voluntatibus.
IV. Etiam adjectis specialibus, quae restringere possunt, modo non repugnent.
V. Genus non restringit factum testatoris.
VI. Neque locus.
VII. Neque nomen singulare.
VIII. Verba generalia latius et angustius interpretari possumus ex conjecturis.

IX. Latius interpretamur si quid enumeretur, quod ad genus magis patens pertineat.
X. Vel si aliquid exceptum sit ex latiore genere.
XI. Angustius, et species adjiciatur, ipsa enim coarctat ad illud genus cui species subest.
XII. Si genus ad speciem referatur expresse, vel tacite et n. XIII.
XIV. Si actus inutilis esset, vel legis dispositioni repugnaret.
XV. Si lex disponat.
XVI. Si testator destinaverit.

1 Verba generalia generaliter esse intelligenda tradunt omnes: nam et id verborum significatio exigit, et legum auctoritate confirmatur. Optime Ulpian. in *l.* 1. §. 1. *ff. de legat. praest. Generaliter autem parentes, et liberos praetor excepit: nec gradus liberorum parentumque enumeravit, in infinitum igitur eis praestabitur.* Hoc quidem de edicto praetoris est traditum, sed in omni dispositione eadem est ratio. Genus enim singulas species continet, et qui de genere aliquid disponit, id ipsum de singulis speciebus disposuisse censetur. *l. si chorus* 79. *in princ. ff. de leg.* 3. *l. Maevius* 66. §. *non idem D. de leg.* 2. Ad hanc regulam explicandam exempla subjiciemus.

2 In *l. quicquid adstringendae* 9. *in princ. vers. nec cursum ff, de V. O.* Quidam promiserat stipulanti vasa aut servos, conventus a creditore opponebat, se de certis vasis, aut servis sensisse. Respondit Celsus, eum non esse ferendum. Stipulatio stricti juris est, nec in ea continetur, nisi quod palam verbis exprimitur *ead. l. in princ.* Constat igitur quod genere nominato, singulae species pro expressis habentur; adeoque continentur etiam cum verba proprie, et, ut nostri ajunt, in stricta significatione sunt accipienda.

3 Idem obtinet etiam in ultimis voluntatibus: adeo ut praesumatur cognitio eorum, quae a lege requiruntur, ne recedatur a generali verborum significatione. Etenim de controversiis, quae ex testamento proficiscuntur, transigi non potest, nisi inspectis, cognitisque verbis testamenti *l. de his* 6. *ff. de transact.* Ferendus tamen non est qui generaliter in his, quae testamento ei relicta sunt, transegerit, si postea causetur de eo solo se cogitasse, quod prima parte testamenti, ac non etiam, quod posteriore legatum sit. Qui primam partem testamenti inspexit, totum inspexisse praesumitur: non tamen praesumitur legisse codicillos *l. non est ferendus D. eod.* Hinc in celebri quadam causa dicebam, non esse ferendum heredem, qui cum legata in testamento relicta solvisset, agebat se non legisse postremam testamenti partem, in qua fuerat a patre institutus, adjecta prohibitione detractionis legitimae et Trebellianicae.

Imo etsi verba quaedam specialia generalibus adjecta sint, quae possint ea restringere, si commode aliter possint interpretari, non obsunt verbis generalibus. Itaque si servi omnes cum peculio legati sint, etiam si adjectio illa, *cum peculio* restringere possit legatum ad servos peculium habentes; tamen responsum est, etiam eos deberi, qui nullum peculium habent *l. si cum servi* 52. *ff. de leg.* 1. Item legatis omnibus ancillis, et quod ex his natum erit; vel legata ancilla eum liberis; et ancilla sola, si non sunt liberi, et liberi, si non sunt ancillae, debentur: neque enim verba illa *cum liberis* restringunt legatum ancillarum, neque liberi accessionis causa legati sunt *l. si ancilla* 62. *cum seq. ff. de leg.* 1. Et quod magis est, si quis ita leget: *omnibus libertis nostris cibaria praestabitis pro arbitrio vestro, non ignorantes, quos ex his charos habuerimus,* verba haec adjecta legato generali, illud non restringunt ad eos libertos, quos charos habuit testator. Imo et si deinceps certos aliquos libertos nominatim commendet heredi testator, nihilominus non his solis cibaria debebuntur, sed omnibus, et arbitrium heredis erit in statuendo alimentorum modo *l. verba* 5. *ff. de alim. leg.* 4

5 Nec factum quidem testatoris legatum restringit. Quapropter si quis legaverit alicui ea, quae vivus praestabat, debetur etiam habitatio, licet domum, in qua vivo testatore habitabat, alii legaverit *l. Sempronio* 33. *in princ. D. de usufr. leg.*

6 Nec locus quidem legato generali quicquam detrabit. Nam penu legata non solum debetur penus, quae in caenaculo est, sed etiam, quae in horreis *l. ult. D. de pen. leg.* Imo et condimenta, in quibus edimus, debentur *l.* 3. *D. eod.*

7 Nomen quoque singulare plures personas comprehendit. In *l. qui filiabus* 17. §. 1. *D. de leg.* 1. Si qua filia mihi genita, ei heres centum dato; si plures genitae fuerint, singulis centum debentur. Eadem ratione siquis ita legaverit, heres meus dato, non solum omnes heredes primi gradus, sed omnes heredum gradus comprehendit *l. si plus* 98. *D. de leg.* 3. Minus hac de re dubitandum est, quando disjunctum disponitur, veluti, *Titius, et Sejus, uterve eorum vivet, heres esto l. Titius* 24. *cum duabus seqq. D. de hered. instit.* vel, *Lucio et Titio eorumve, cui fundum lego l. si fundum* 81. §. *his verbis* 8. *D. de leg.* 1. Nam evidens est tum utrumque, tum alterum eorum, si alter non vivat, esse comprehensum.

8 Animadvertendum tamen est, quod plerumque genus et latius patere, et contrahi potest angustius. Tunc autem, cum utrovis modo illud accipiamus, a verborum significatione non recedamus, facile ex conjecturis hanc, vel illam interpretationem amplecti debemus. Ac vehementer errant illi, qui huc referunt regulam traditam in *l. non aliter* 69. *in princ. ff. de leg.* 3. *Non aliter a significatione verborum recedere oportet, quam si manifestum est, aliud sensisse testatorem.* Ut enim verba ad alium sensum detorqueantur et improprie intelligantur, manifestum esse debet, ita sensisse testatorem, ad quod probandum evidentes conjecturae requiruntur, quia repugnat significatio verborum. At vero ut verba generalia modo latius, modo angustius interpretemur, quaelibet conjecturae sufficiunt, cum verba non repugnent, nec ad alienum sensum sint detorquenda. Itaque in §. 1. *ejusdem legis* JCtus agens de interpretando legato generali, *omnes juvenes quos in ministerio habeo*, ait ad notionem ejus, qui ea de re cogniturus est, id pertinere, cum nibil certo definiri possit, quia plerumque abusive loquuntur testatores. Atque id uberius ac distinctius est explicandum.

Ad dilatandum genus duo solent esse in primis accommodata. Primum, si aliquid fuerit enumeratum, quod ad genus latius patens pertineat. In *l. quisquis* 95. *ff. de leg.* 3. Quidam heredi praeceperat, ut Titio restitueret, quantas summas dictasset. Verbum *summas* potest referri tum ad pecuniam numeratam, tum etiam extendi ad res corporales, et praedia, ut ibi probat Jurisconsultus. Sed cum testator inter eas summas dictasset etiam quasdam res corporales, dubitari non potest, etiam praedia complecti voluisse. 9

Secundo si aliquid ex illo genere summo fuerit exceptum, reliqua enim, quae sunt ejus generis, continebuntur. Optime Neratius *in l. quaesitum* 12. §. *Neratius* 3. *ff. de fund. instruct. Denique Neratius libro quarto epistolarum Marcello fratri suo respondit, et vestem domus instructae legato contineri, maxime, inquit, in proposita specie; proponebatur enim, qui legaverat, argentum et rationes excepisse: nam qui haec, inquit, excepit, non potest, non videri de caeteris rebus, quae in ea essent, sensisse.* Simile responsum habetur in *l. generali* §. *uxori ff. de usufr. leg.* 10

Ad coarctandum autem genus idoneae sunt quamplurimae conjecturae. Ac primum licet species expressa non soleat minuere legatum, sed ex abundanti ad- 11

jecta intelligatur *l. quaesitum* §. *Si quis fundum penult. D. de fund. instruct.* quia genus ad speciem redigi non potest repugnante verborum significatione, a qua recedendum non est *l. non aliter ff. de leg.* 3. tamen species adjecta coarctat genus non ad solam speciem expressam, sed ad illud genus, cui subest illa species. Efficit enim, ut similia expressis tantummodo contineantur. Exemplum animadversione, ac notatione dignissimum habemus in *l. et mulieri* 15. *ff. de curat. furios.* ubi Paulus ait, quod furiosus in bonis sui curatoris habet privilegium exigendi, subdit deinceps: *prodigus, et omnes omnino in bonis curatoris decreto privilegium consequentur. Omnes omnino*, profecto non potest excogitari locutio magis generalis. Nihilominus tamen Ulpianus in *l. idem privilegium ff. de privil. credit. seu de reb. auct. jud. poss.* ait: *sed si bonis Curator datus sit, vel absentis, vel ab hostibus capti, vel dum deliberant heredes de adeunda hereditate, non oportebit privilegium dari; non enim in eadem causa sunt.* Nimirum verba illa, *omnes omnino*, comprehendunt solum similes expressis, videlicet curatores, qui dantur personae, non eos, qui dantur bonis, qui in eadem causa non sunt, et sunt diversi generis. In ultimis voluntatibus exemplum suppeditat Pomponius in *l. ult.* §. *cui dulcia ff. de trit. vin. et ol. leg. Si cui dulcia legata sint, non solum dulces potiones, sed etiam dulcia esculenta legato continentur: Sed si quis leget vinum amphorarium, aminaeum, graecum, et dulcia omnia, nihil inter dulcia, nisi quod potionis est, continetur ex collatione vini amphorarii.* Verba non solum generalia, sed etiam universalia, *dulcia omnia*, coarctantur ad genus potionis, propterea quod expressum est vinum, quod subest generi potionum. Simile est, quod traditur in *l. nam quod liquidae in fin. ff. de pen. leg. Si ita scriptum sit: omnem penum praeter vinum, quod Romae erit: Sola penus, quae Romae est, legata videtur.* Probe errant, qui putant pronomen illud relativum *quod* referri etiam ad penum: licet enim penus dicatur de omnibus generibus *ead. l.* §. *nomen*, tamen hic Jurisconsultus, qui dixit *omnem penum*, non potest sine soloecismo ad penum referre pronomen *quod* neutrius generis. Non dissimile est etiam, quod traditur in *l. quaesitum* 78. §. 1. *ff. de leg.* 3. *Legatum ita fuerat. Argentum omne, et supellectilem, quodcumque habeo tibi dono, et quicquid in praedio Semproniano habeo. Responsum est, non videri legatam supellectilem, et argentum, quod alibi est, nisi hoc quoque in legato contineri legatarius probaverit:* Ultima verba legati restringunt antecedentia generalia. Sed hac de re, de qua saepissime disputatur in foro, disputabimus accuratius alio capite separatim.

Secundo, si genus ad speciem referatur: verba enim generalia coarctantur ad speciem, ad quam referuntur *l. si quis in principio* 22. *ff. de leg.* 3. Haec autem relatio et expressim, et tacite fieri potest: si expressim referatur, dubitandum non est, id tantummodo contineri, quod inter contrahentes placuerit, aut testator voluerit *l. qui cum tutoribus* §. *transactio ff. de transact. l. Si de certa* 31. *C. eod.* et *d. l. si quis in princ.* 22. *ff. de leg.* 3. Etenim recte ajunt DD. referens est in relato cum omnibus suis qualitatibus *l. asse toto ff. de hered. instit.* 12

Idem prorsus dicendum est, si tacite referatur. Nam id habetur pro expresso, veluti si de aliqua certa re actum fuerit inter contrahentes, et deinceps verbis generalibus contraxerint stipulationem, ut in *l. triticum* 94. *ff. de V. O.* in qua verba illa, *si de aliquo tritico cogitaverit*, interpretanda sunt, si de certo tritico actum fuerit: neque enim in stipulatione sufficit unius tantum cogitatio consensusque, sed utriusque conventio requiritur *l. inter stipulantem* 13

81. *ff. eod.* Et ne quis existimet, hoc ideo responsum fuisse, quia alioquin inutilis esset stipulatio, idem traditur a Scaevola in *l. emptor* 47. §. *ult. ff. de pact.* ubi verba illa generalia. *Si quod instrumentum a te emissum, id est, scriptum, cujuscumque summae, ex quacumque causa apud me remansit, vanum et pro cancellato habeatur. Respondit, quod si tantum ratio accepti et expensi computata fuit, caeteras obligationes in illis non contineri, easque salvas in sua causa manere.* Verba illa, *cujuscumque summae: et ex quacumque causa* coarctantur ad accepta et expensa, quorum ratio fuit computata. Eadem observanda in ultimis voluntatibus. In *l. qui liberis* 8. §. *ult. ff. de vulg. et pupill.* Verba illa *quisquis mihi heres erit, idem impuberi filio heres esto,* Ulpianus interpretatur, ut non contineant generaliter omnes heredes: hoc est, neque heredes heredis, neque dominum, aut patrem, qui per servum, et filium facti sunt heredes: cum enim hi nominati non sint in testamento, nec veniant ex judicio defuncti, ad eos non referuntur verba testatoris, sed ad eos tantummodo, quos ipse heredes instituit. Eadem ratione restringitur legatum in *l. praediis* 91. *in princ ff. de leg.* 3. Quidam filiae praelegavit praedia cum reliquis actorum, et colonorum: respondit Papinianus, ea tantum reliqua deberi, quae de reditu praediorum in eadem causa manserunt: adeo ut sive quid debeant domino coloni et actores ex alia causa quam ex reditu praediorum: sive id, quod ex reditu praediorum debebant coloni, exactum fuerit a domino, et relatum in calendarium, cujus cura ad actores pertinebat; id omne in legato non contineatur, etiamsi actores quoque fuerint praelegati. Quia reliqua referuntur ad praedia legata, et ideo nihil aliud iis continetur, quam quod tempore mortis testatoris ex ea causa debebatur, et quod in aliam causam conversum est, amplius ex ea causa non debetur, nec est debitum aut reliquum praediorum, sed calendarii. In *l. quoties* 10. *C. famil. ercisc.* Pater dividit hereditatem inter filios et singulos certis possessionibus cum mancipiis, quae ibi sunt, jubet esse contentos; deinde universa mancipia sine ulla heredum discretione commendat heredibus: unicuique videtur commendare ea, quae ipsi reliquit in testamento. Illud hic animadvertendum, quod etiamsi verba generalia non in eodem testamento aubjiciantur, sed in codicillis; tamen si referantur ad ea, quae in testamento disposita sunt, iisdem terminis circumscribuntur. Itaque in *l. legatorum* 33. §. *ult. ff. de leg.* 2. cum testator plures heredes in testamento scripsisset, et a singulis heredibus nominatim legata reliquisset, licet postea codicillis ea repetierit, et ad omnes heredes generaliter scripserit: tamen ea, quae codicillis dedit, ab iis tantum praestanda sunt, quos testamento damnavit.

Tertio, verbis generalibus non continetur actus inutilis, vel id, quod repugnat legis dispositioni. Ac si totus actus futurus esset inutilis interpretando verba in tota sua latitudine, genus ad speciem redigitur: si vero in generali dispositione continetur aliquid, quod non est permissum, aut futurum est inutile, id tantummodo ex genere exemptum censetur. Primi generis exempla sunt in *l. eum qui calendis* 41. *in princ ff. de V. O.* Quidam stipulanti promiserat, se daturum calendis, hic sermo generalis continet omnes futuras calendas, tam proximas, quam remotas, imo et remotissimas. Et quidem secundum naturam stipulationis de remotissimis videretur intelligendus. Nam si quis post annum ,ut biennium dare promisit, post biennium solummodo tenetur *l. si ita stipulatus* 109. *ff. de V. O.* Sed quia hac interpretatione fieret inutilis stipulatio, quia debitor nunquam cogi posset ad solvendum; semper enim opponeret nondum venisse calendas stipulatione comprehensas: idcirco sermo ille generalis, 14

qui revera continet infinitas calendas, coarctatur ad proximas. In *l. paterfam.* 44. *ff. de hered. inst.* Testator duos heredes instituens monumentum in diebus certis eos facere jusserat: deinde ita scripsit, *qui eorum non ita fecerit*: *omnes exheredes sunto.* Alter ex illis non adivit hereditatem: alter vero monumentum fecit, ut praeceperat testator; poterit ille adire hereditatem. Verba illa *omnes exheredes sunto* coarctantur ad eum, qui monumentum non fecit. Quid ita? Quia nemo ex alterius facto vel hereditati alligari, vel exheredari potest.

Secundi generis exempla sunt in *l. si quando* 109. *ff. de leg.* 1. Quidam uxori legavit, quae vivus donaverat: hoc generali sermone continentur solum ea, quae inutiliter donaverat, nam in iis, quae utiliter donaverat, est inutile legatum in *l. legata* 19. *ff. eod.* Verba illa, *quas pecunias legavi quibus dies appositus non est, annua, bima, trina die heres meus damnas esto dare*: non comprehendunt legata inutiliter data, nam testator utilibus diem adjicere voluit, non inutilia confirmare.

Quarto coarctatur genus aliquando ex legis dispositione. Itaque heres, qui jus-
15 sus est dare servum, quem voluerit, pessimum dare non potest, lege sic disponente *l. si heres* 110. *ff. de leg.* 1. Nec optimum eligere potest legatarius, quoties ad eum pertinet electio *l. legato generaliter* 47. *D. eod. l. si quis argentum C. de donat.* Idem si legata sint decem, et si ea perdidisset, rursus ei legata, si saepius perdidisset, nihilominus semel tantummodo praestanda sunt, ne in infinitum heres oneretur *l. fideicommissa* 11. § *si quis decem* 18. *ff. de leg.* 3. Praeterea si quis discretas portiones conjunctis pluribus separatim dedit: ac post omnem institutionis ordinem ita scripsit *quos heredes meos invicem substituo*: conjuncti vice mutua substituti videntur quibus deficientibus caeteri admittuntur. Non tamen omnes simul vocari censentur, verba licet substitutionis omnes comprehendant. Denique qui generaliter agere a testatore prohibitus est, contra eum negotiorum gestorum non prohibetur agere, si quid dolo, vel fraude commisit *l. non solum* 8. §. *si heres ff de liber. leg.* Item si testator ab aliquo rationes exigi vetet; poterit tamen ab eo peti, si quid in administratione dolo admiserit *l. si quo* 9 *D. eod. l.* 5. §. *Julianus D. de admin. tut.* et si qua pecunia apud eum remanserit ex administratione *l. Lucius Titius* 12. *l. cum ita* 19. *l. Aurelius* 28. §. *Maeviae et l. creditor* 31. §. *Titia D. de liber. legata.* Et si quis velit debitorem omnino liberare, debet damnare heredem, ut ipsi restituat quicquid ab eo illa, vel illa actione exegerit *d. l. si quis* 9. *D de liber. leg.*

Postremo in generali legato etiam ver- 16
bis quantumvis universalibus relicto, quaedam non continentur ex destinatione testatoris. Hujusmodi sunt res venales, instrumenta, tabularium, pecunia numerata, nomina debitorum, quae etsi aliquo in loco sint, tamen ex destinatione testatoris ibi esse non censentur, nec comprehenduntur legato rerum omnium, quae ibi sunt *l. si mihi Maevia* 91. *l. Lucius Titius* 92. §. *collegis ff. de leg.* 3. *l. pediculis* §. *idem cum quaereretur ff. de aur. et arg. leg. l. quaesitum* §. *Celsus ff. de fund. inst. l. cum quaereretur* 60. §. 1. *ff. de leg.* 3. Hujusmodi etiam sunt fructus, quoties quis rogatus est restituere, quicquid ad eum ex hereditate bonisve defuncti perveniret: fructus enim, quod ex hereditate bonisve percepit, restituere non tenetur *l. quod in verbis* 83. *in princ. ff. de leg.* 3.

CAPUT XXI.

Ad L. uxori 24. ff. de usufr. legat.

SUMMARIUM.

I. Dispositio generalis an comprehendat ea, quae improprie in genere continentur. Exempla pro parte affirmativa et n. II. III. IV. V. VI
VII. Verior sententia negans. Probatur exemplis; et n. VIII. IX. X. XI. XII. XIV. XV. XVI.
XII. Expenditur l. 3. ff. de trit. vin. et ol. leg. et contrarii textus conciliantur et n. XIII.
XVI. Species, quae secundum vim verborum de genere legato non est, non continetur legato nisi ex manifesta voluntate testatoris.
XVII. Explicatur elegantet textus noster.
XVIII. Quando species improprie subest generi, mens disponentis investiganda.
XIX. Contrariae opinionis argumenta expenduntur et n. XX.

1 An generalis dispositio comprehendat etiam ea, quae improprie in illo genere continentur, controverti potest. Ad affirmandum non levi momento quis impelli poterit. Id ipsum enim videtur affirmare Papinianus in *l. uxori fructu* 24. *ff. de usu et usufr. leg.* ubi ait, quod legato fructu bonorum post impletam ex SC. cautionem, foenus quoque sortium, quas defunctus collocavit, praestandum est: imo et usurae nominum ante interpositam cautionem debitae, velut sortes in cautionem deducendae sunt: et alia, quae ibi distincte atque explicate tradit Papinianus. Uno verbo legatum ususfructus bonorum comprehendit etiam usumfructum pecuniae numeratae, et nomi-
2 num debitorum. Atqui hic non est proprie ususfructus. Ususfructus enim est jus alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia, *princ. tit. instit de usufr. l. 1. D. de usufr.* Pecuniae autem usus in abusu, et absumptione consistit *l. hoc Senatusconsultum* 5. §. 1. *et ult. ff. de usufr. ear. rer. quae usu cons.* Quamobrem Gajus in *l.* 2. §. 1. *ff. eod.* ait: *Senatusconsulto non id effectum est, ut pecuniae ususfructus proprie esset; nec etiam naturalis ratio auctoritate Senatus commutari potuit: sed remedio introducto coepit quasi ususfructus habere.* Et Justinianus in §. 2. *Inst. de Usuf. in fine*: *ergo Senatus non fecit quidem earum rerum usumfructum (nec enim poterat) sed per cautionem quasi usumfructum costituit.* Itaque M. Tullius *in Topic.* harum rerum usumfructum esse negavit. *Non debet ea mulier, cui vir bonorum suorum usumfructum legavit, cellis vinariis, et oleariis plenis relictis, putare id ad se pertinere. Usus enim, non abusus legatus est.* Sed Papinianus propter Senatusconsulti auctoritatem contrarium respondit in laudata *l. uxori ff. de usufr. leg.* licet non sit proprie ususfructus, et non in usu, sed in abusu consistat.

Non abhorret a sententia Papiniani 3
Pomponius in *l. si mihi et Titio* 110. §. 1. *D. de V. O.* ubi ait, quod si quis stipulatus fuerit vestem, quaecumque muliebris esset, ei debetur etiam vestis muliebris, qua tamquam virili promissor utebatur. Haec autem vestis videtur esse potius virilis, quam muliebris. Virilis enim vestis est, quae ipsius patrisfam. causa parata est. *l. vestis* 23. §. *vestimenta ff. de aur. et arg. leg.* Referebat autem Q. Mutius quemdam senatorem, muliebribus coenatoriis uti solitum, quae legato vestis muliebris ab eo relicto non continerentur, ut ait idem Pomponius eodem libro quarto ad Q. Mutium in *l. inter Vestem ff. de aur. et arg. leg.* quia usus testatoris effecit, ut non sit amplius muliebris, nisi improprie. Et quamvis ea juxta communem usum sit muliebris, tamen usus testatoris potius attendi debet, quam usus communis *l. si servus plurium* 50. §. *ult. ff. de leg.* 1. *l. nummis* 75. *ff. de leg.* 3. *l. heredes* 21. §. 2. *versic. et puto, ff. qui testam. fac. poss. l. solutum* §. *ult. cum l. seq. ff. de pig. act.* praevalet enim usus testatoris, et potior est usu regionis.

Idem docere videtur Ulpianus in *l.* 4
qui penum 3. §. *sed Aristo cum* §. *seq. ff de pen. leg.* legata penu, legato continentur esculenta, et poculenta, dubi-

tavit Aristo, an oleum, garum, muria, mel, caeteraque his similia contineantur, et licet haec esui potuique non sint, sed in iis esse soleamus, tamen respondit ea contineri. Idem quaesitum est de legato penus esculentaa, et quamvis Labeo putaverit, ea non contineri, quia non haec esse, sed per ea solemus: tamen ex Proculi sententia Ulpianus decidit, ea quoque legato cedere. Patet haec inter esculenta improprie recenseri, cum proprie non edantur, sed sint condimenta eorum, quae edimus, et quidem condimenta liquida, quae nec edi possunt. De oleo nemo dubitare potest: nam quid sit, ignorat nemo. Garum e pisce scombro conficiebatur macerato, ac sale condito, et colato, atque expresso. Muria etiam ex visceribus aliorum piscium, et non erat adeo pretiosa. Martialis de Garo

Expirantis adhuc scombri de sanguine primo
Accipe faecosum munera rara garum.

Manilius

Hinc sanies pretiosa fluit, florumque cruoris
Evomit, et mixto gustum sale temperat oris.

Martialis iterum de condimento gari

Ebria Bajano veni modo concha Lucrino.
Nobile nunc sitio luxoriosa garum

Et alece Plinius *lib.* 31. *cap.* 8. ubi et muriam indicat. *Vitium muriae est alex, imperfecta nec colata faex.* Ex his verbis constat, muriam praestantiorem fuisse, et colatam. Hinc scriptores, garum, et muriam, faecem, et saniem piscium appellant. Horat. *Lib.* 11. *Sat.* 4.

——ego faecem primus, et alec
Inveni.

Seneca *epist.* 95. more suo improbans saeculi luxum. *Quid illud sociorum garum, pretiosam malorum piscium saniem, non credis urere falsa tabe praecordia?* Plinius, *ut sit illa putrescentium sanies.* Haec autem condimenta aliquando diluebant aceto, vel vino, vel oleo, vel etiam aqua. Hinc exygarum, oenogarum, garelaeum, hydrogarum. Erant igitur condimenta liquida, quae non edebantur, nec edi poterant: adeoque non erant proprie esculenta, sed esculentis aspergebantur, et pisces condiebantur.

Idem Ulpianus in *l.* 1. *ff. de trit.* 5
vin. et oleo leg. Vino legato acetum quoque continetur, quod paterfam. vini numero habuit, et tamen acetum non est proprie vinum, etiamsi vini numero habeatur: ut probat ipse Ulpianus in *l.* 3. *in princ. ff. eod. tit. Si cui vinum sit legatum centum amphorarum, cum nullum vinum reliquisset; vinum heredem empturum, et praestaturum, non acetum, quod vini numero fuit.* Idem in *l. si quis vinum in princ. ff. eod. Item acetum vini appellatione non continebitur.*

Idem Ulpianus in *l. si quis vinum* 9.
in princ. ff. eod. ait, mulsum vini 6
appellatione proprie non contineri. Multo minus contineri ait zythum, camum, cerevisiam, hydromeli: et merito, quia in his ne gutta quidem vini infunditur, nec quicquam cum vino commune habere videntur. Subdit tamen: *haec omnia ita demum vini nomine non continentur, si modo vini numero a testatore non sunt habita.*

Et quod magis est, idem Ulpianus *in* §. 1. ejusdem legis, ait. *Si acetum quis legaverit, non continebitur legato acetum, quod vini numero testator habuit: embamma autem continebitur, quia aceti numero fuit.* Ne-

mo. dixerit, embamma proprie acetum esse. Licet enim ex aceto ut plurimum fieret, tamen multa commiscebantur, et in ipsum obsonia intingebantur, ut jucundius saperent, et acidulo sapore palatum vellicarent. Columella lib. 12. cap. 55. sinapi miscet. *Hoc sinapi*, inquit, *ad embammata non solum idoneo, sed etiam specioso, uteris.* Plinius, *lib. 20. cap. 14.* addit mentam; ait enim *menthe ipsius odor animum excitat, ut sapor aviditatem in cibis, ideo embammatum mixturis familiare.* Puto multa alia ad conficiendum hujusmodi condimentum immixta fuisse, ut indicat illud verbum *mixturis*. Sed cum alia alii commiscerent, nihil certi praescribi potest: erant enim multa embammatum genera, ut aperte Xenophon indicat in Cyri institutione παντοδαπὰ ἐμβάμματα καὶ βρώματα, omnis generis embammata, et dapes. Nec dubito, multa etiam sine aceto fuisse confecta: sed utique Ulpianus de illis, quae aceto conficiebantur, est intelligendus.

6 Postremo pro hac sententia posset afferri responsum Papiniani in *l. praediis* 91. §. *Titio ff. de leg.* 3. in qua respondit, quod in legato: *Sejana praedia, sicuti comparata sunt, do, lego*: continentur etiam Gabiniana, si uno pretio comparata fuerunt cum Sejanis, et utriusque possessionis confusi reditus, titulo Sejanorum accepto lati sunt. Haec omnia utique non efficiunt, ut praedia Gabiniana proprie sint Sejana, et in ea vere transformentur.

7 Contraria tamen sententia verior videtur: eaque primo probatur ex *l. cum pater* 77. §. *fidei tuae* 12. *ff. de leg.* 2. ubi proponitur hujusmodi legatum. *Fidei tuae committo, uxor, ut restituas filiae meae, cum morieris quicquid ad te quoquo nomine de bonis meis pervenerit.* Respondit Papinianus, quod hoc fideicommisso dos uxori praelegata non continetur. Fideicommissum non potest esse magis generale: verba illa, *quicque et quoquo nomine*, videntur omnia comprehendere, etiam id, quod nomine dotis ad uxorem pervenerit. Rationem affert Papinianus, cur non comprehendatur; *quoniam reddi potius videtur, quam dari.* Similem affert Paulus *lib. 4. sentent. tit.* 1. *in princ. Quia non ex lucrativa causa testamento aliquid capit, sed proprium recipere videtur.* Idem fere docet Ulpianus in *l.* 2. §. *mulier, ff. de dot. praeleg. dotem enim recepisse eam, magis, quam accepisse.* Itaque dos praelegata non continetur generali fideicommisso, quia ad uxorem proprie non pervenit ex bonis testatoris, cum uxor proprium recipiat; non accipiat a testatore, a quo potius ei dos redditur, quam datur. Et quamvis ei legata fuerit, tamen in dispositione de legatis a testatore facta, non comprehenditur, ut recte respondit Scaevola in *l. Lucius Titius* 88. §. *impuberem* 7. *ff. de leg.* 2. Sicut nec continetur in dispositione legis, ac propterea non est subjecta legi Falcidiae ex eadem ratione *l. si ususfructus* 81. §. 1. *ff. ad l. Falcid.* Dos relegata extra rationem legis Falcidiae est: scilicet quia suam rem mulier recipere videtur.

8 Non absimile fideicommissum proponitur in l. *qui uxori* 18. §. 1. *D. de aur. et arg. leg.* atque idem omnino respondetur. *Idem testator fideicommisit uxori, ut quicquid ad eam ex testamento ejus pervenisset, alumno communi restitueret. Quaesitum est, an etiam eas res, quas proprias uxoris suae fuisse testator sciebat, eique reddi praecepit, alumno praestare debeat: respondit: si propriae fuissent, non debere.* Scaevolae responsum generale est: adeoque idem omnino dicendum, etiamsi testator ignorasset, eas uxoris proprias fuisse.

Secundo probatur ex *l. qui liberis* 8. §. *ult. ff. de vulg. et pupill. Haec verba: quisquis mihi heres erit, idem impuberi filio heres esto: hunc habent sensum, ut non omnis, qui patri heres*

extitit, sed is qui ex testamento heres extitit, substitutus videatur: et ideo neque pater, qui per filium, neque dominus, qui per servum extitit, ad substitutionem admittetur, neque heredis heres, quia non ex judicio veniunt. Illi enim ex judicio testatoris non sunt heredes; neque enim ab eo sunt vocati, et instituti: ac propterea juxta judicium testatoris, quod normam substitutioni dare debet, non solum non sunt proprie heredes, sed ne heredes quidem sunt; sed fiunt heredes ex legis dispositione per acquisitionem hereditatis, quam lex in eos transmittit. Quamohrem verba illa generalia: *quisquis mihi heres erit:* eos non comprehendunt.

10 Tertio probatur ex *l. Sejo* 10. §. 1. *D. de annuis leg. Medico Sempronio, quae vivo praestabam, dari volo: ea videntur relicta, quae certam formam erogationis annuae, non incertam, liberalitatis voluntatem habuerant.* Si non continentur ea, quae extra ordinem praestabat, ut strenas, soteria, natalitia, et alia munuscula, quae remunerationis aut grati animi ergo largiebantur, quanto minus continebuntur ea, quae in genere legato proprie non continentur. Imo nec ea quidem continentur, quae utilitatis suae causa erogabat, ut sumptus jumentorum, quem actori praestare solebat, et medicamentorum, quem, liberto medico suppeditabat *d. l Sejo §. libertis.* Quae speciali sunt animadversione digna propter usum forensem. In hoc enim facile potest errari.

11 Quarto facit ad rem text. *in l. fundi* 25. §. 1. *D. de instr. vel Instrum. leg.* Quidam legavit fundum instructum: in fundo figlinas habebat, et figulorum opera majore parte anni ad opus rusticum utebatur: nihilominus figuli legato instrumenti non continentur: servi, qui agrum colunt, utique instrumento fundi continentur *l. in instrumento* 8. *D. eodem* et quidem etiamsi non per totum annum rusticum opus in fundo exercent *l. quaesitum* 12. §. *si aliqua* 8. *D. eod.* Hi autem fundi instrumento non cedunt, etiamsi majore parte anni rusticum opus exercerent, quia cum proprie figuli essent; utpote figlino operi addicti, proprie non erant rustici: nec ad opus rusticum comparati, fundi instrumento non cedunt. Simile exemplum proponit Scaevola in *l. praedia* 27. *in princ. D. eod.* Quidam legavit praedia maritima cum omni instrumento: servi piscatores, qui solebant in ministerio testatoris esse, et ubicumque eum sequi, et urbicis rationibus expungebantur, legato non continentur. Nimirum ex his efficitur, ut improprie fundi instrumento annumerentur.

Quinto probatur ex *l.* 3. *in princ.* 12
D. de trit. vin. et oleo leg. ubi vino legato non debet acetum praestari, quod vini numero fuit: Acetum sane vinum est, quia eadem prope substantia est *l. in venditionibus* 9. §. *ult. D. de contrah. empt.* et ideo si acetum pro vino venditum fuerit, valet venditio *l. in venditionibus* 9. *ibid.* et si vinum legatum acuerit, non extinguitur legatum *l. si quis vinum* 9. *in fine principii D. de vin. trit. et ol. leg.* Est tamen vinum improprie; quia etsi ex vinea natum sit, tamen cum acuit, vinum non permansit d. *l. si quis vinum in princ.* et licet eadem fere substantia sit *d. l. in venditione*: tamen non est omnino eadem. Eleganter Martial. *lib.* 12. epigr. 122.

Amphora Niliaci non sit tibi vilis aceti
Esset cum vinum, vilior illa fuit.

Erat enim in pretio acetum AEgyptiacum.
Juven. *sat.* 13.

—— Flebile nati
Sinciput elixi Pharioque madentis aceto.

Non eodem in pretio videtur fuisse acetum Romanum. Certe Ulpianus in *l. 1. in princ. D. de peric. et comm. rei vend.* ait. *Si vinum venditum acuerit, emptoris erit damnum.* Minoris igitur aestimat acetum, quam vinum. Igitur acetum improprie vinum est, et pro vino non habetur, nisi ex voluntate testatoris: et ideo vino legato acetum non continetur.

13 Sed possent opponi duae leges, quae videntur omnino contrariae huic nostrae legi, in qua excluditur a legato acetum, etiamsi vini numero fuerit. Contra enim in *l. 1. ff. de trit. vin. et ol. leg.* ait Ulpianus. *Vino legato acetum quoque continetur, quod paterfam. vini numero habuit.* Et in *l. si quis vinum* 9. *in princ. ff. eod. Haec omnia ita demum vini numero non continentur, si modo vini numero a testatore non sunt habita: alioquin Sabinus scribit; omnia vini appellatione contineri, quae vini numero paterfam. habuit.* Accedit et tertia, nempe *l. 2. in fin. ff. de opt. vel elect. leg. Eum, cui centum amphorarum electio data sit, acetum eligentem non consumere electionem, si id acetum elegerit, quod vini numero paterfam. non habuit.*

Sed contrariae esse non possunt hae leges, cum sint omnes ejusdem Ulpiani, deprompta ex ejus libris ad Sabinum. Itaque animadvertere oportet, quod in his legibus supponitur acetum vini numero habitum a patrefam. hoc est, a testatore. Ex quo efficitur, quod cum ille ipse, qui legat vinum, in numero vini habeat etiam acetum, videatur appellatione vini etiam acetum comprehendere: atque ea propter hoc quoque legato contineatur. At vero in nostra lege acetum, quod praestare volebat heres, non a testatore vini numero habitum fuit, sed vel ab herede, vel a venditore, a quo heres illud emerat. Hoc autem non influit in voluntatem testatoris, nec alterius opinio, testatoris opinionem potest declarare. Qua propter observandum est, quod in nostra lege non ait Ulpianus acetum vini numero fuisse apud testatorem, vel patremfam. quemadmodum ait in aliis tribus legibus, quas laudavimus; sed absolute ait: *non acetum quod vini numero fuit.* Hoc autem referri non potest ad testatorem, qui nullum vinum reliquit, sed cum heres vinum emere, et praestare teneatur, ad eum ipsum, cujus erat acetum, ea verba sunt referenda.

A diverticulo repetatur superius argumentum. Id maxime confirmat Ulpianus in *l. 2. §. ult. juncta l. 3. ff. de opt. vel. elect. leg.* ubi ait, quod ille, cui data est electio centum amphorarum vini; si acetum elegerit, quod vini numero paterfam. non habuit, optionem non consumit: subdit deinceps in *l.* 3. *Scilicet si ante exhibitionem, hoc est ante degustationem, acetum elegerit.* Ergo si post degustationem elegerit, consumitur electio, etiamsi paterfam. ipsum vini numero non habuerit: ac proinde electio legitime facta est. Non consumeretur enim, si legitime facta non esset: quod eveniret, si acetum generali appellatione vini non comprehenderetur. Etenim si legatarius optaverit aliquid, quod non sit de genere legato, non recte optavit, et non consumitur electio *l. 2. §. 2. l. cum ita 9. §. 1. ff. eod.* Ergo acetum est de genere legato, cum vinum legatum fuit, etiamsi a testatore vini numero non haberetur. Verumtamen quia improprie admodum in genere vini continetur, legato vino, acetum non debetur *l. 9. in pric. versic. item acetum ff. de vin. trit. et ol. leg.* 14

Postremo probari potest auctoritate *l. inter vestem* 33. *ff. de aur. et arg. leg.* ubi si testator, qui veste muliebri, quasi virili utebatur, legaverit vestem muliebrem, vestis illa, qua utebatur quasi virili, non continetur legato; quia non videtur legato comprehendere voluisse vestem illam, quae licet vere muliebris es- 15

sed, inspecto communi usu; tamen inspecto usu testatoris, coepit improprie, et non omnino muliebris esse.

16 His adjungo, quod cum non aliter significatione verborum recedi oporteat, quam cum manifestum est, aliud sensisse testatorem *l. non aliter* 69. *ff. de leg.* 3. si secundum propriam verborum significationem species aliqua genere legato non comprehenditur, ea non debebitur, nisi manifestum sit, aliud sensisse testatorem.

17 Ab hac sententia tot argumentis innixa recedendum esse non arbitror; nec enim eam evertere, aut labefactare possunt argumenta contraria. Quibus ut respondeatur, primum statuendum est, quod quotiescumque lex aliquid probat, et introducit, illudque alteri aequiparat, unum pro altero accipi potest, efficiente id legis auctoritate: perinde ac si ea inter se non differrent, ac discreparent. Exemplum peti potest a legatis, et fideicommissis. Fideicommissa olim non involvebant necessitatem praestationis, sed a fide heredum pendebant. Augustus ad necessitatem deduxit §. *ult. instit. tit. de fideicom. hered.* Postea legatis exaequata sunt in omnibus *l.* 1. *D. de leg.* 1. *l.* 2. *C. commun. de legat.* Quo factum est, ut licet fideicommissum proprie non sit legatum, et adhuc supersit aliquid, in quo a legato differt §. *libertas instit. tit. de sing. reb. per fideicomm. relict.* tamen legati nomine fideicommissum etiam comprehendatur, et quicquid de legato fuerit constitutum, id ipsum et de fideicommisso dispositum videatur. *l.* 2. *vers. etsi specialiter C. comm. de legat.* Ibi: *et si specialiter legati tantum faciat testator mentionem, hoc et legatum et fideicommissum intelligatur: et si fidei heredis vel legatarii aliquid committatur, hoc et legatum esse videatur.* Quibus efficitur, hoc idem et in usufructu obtinere debere. Olim quidem in pecunia non poterat constitui ususfructus; itaque legato usufructu bonorum, non continebatur in legato ususfructus rerum, quae usu consumuntur. Usus enim, non abusus legatus est, ut recte ait Cicero supra laudatus. Verumtamen Senatus introducto cautionis remedio censuit omnium rerum usumfructum legari posse *l.* 1. *D. de usufruct. ear. rer.* Quamobrem si quis leget usumfructum bonorum, vel, quod idem est, omnium bonorum, etiam ususfructus pecuniae, et aliarum rerum videtur legatus. In hoc enim ususfructus pecuniae, et aliarum rerum, quae usu consumuntur, et verus ususfructus Senatus auctoritate sunt aequiparati. Et merito. Nam interposita cautio id efficit, ut consumptae non videantur res illae, in quibus ususfructus est constitutus, licet vere consumptae sint a fructuario. Licet enim fructuarius non eas res, quas accepit, restituat; tamen cum restituit alias ejusdem generis ac bonitatis, eas ipsas, quas accepit, restituere videtur. Imo magis eas ipsas restituere videtur alias restituendo, quam si easdem restitueret, quoniam hae res magis in genere suo functionem recipiunt quam specie *l.* 2. §. *mutui datio ff. de reb. credit.*

Et quamvis hic dicatur quasi ususfructus, et non sit proprie ususfructus *l.* 3. §. 1. *ff. de usufruct. earum rer.* §. 2. *in fin. inst. tit. de usufr.* tamen id verissimum est quoad rationem naturalem, quam Senatus mutare non potuit *d. l.* 3. neque enim efficere potuit, ut salva sit substantia rei, quae consumpta est: non vero quoad rationem fictionemque juris, quod statuere potest, ut perinde sit ac si salva esset res, quae periit, in ejus locum alia re subrogata, quae ejus vice fungatur. Idem prorsus evenit in fictione legis Corneliae. Natura fieri non potest, ut qui mortuus est multo post captivitatem, primo captivitatis momento decesserit: natura enim ac veritas omnino repugnant. Juris tamen fictione fit, ut perinde habeatur, ac si primo captivitatis momento decessisset, at ii-

dem consequantur effectus §. *ult. instit. tit. quib. non est permiss. fac. testam. l. justo* 44. *in fin. ff. de usucap. l. lege Cornelia* 12. *ff. qui testam. fac. poss. l. lex Cornelia ff. de vulg. et pupill.* In quibus ad rem nostram illud est animadvertendum, quod Julianus in *d. l. lege Cornelia* 12. *ff. qui testam. fac. poss.* ait: *quare servus scriptus ab eo, qui in hostium potestate decesserit, liber, et heres erit sive velit, sive nolit, licet minus proprie necessarius heres dicatur: nam et filius ejus, qui in hostium potestate decessit, invitus hereditati obligatur, quamvis suus heres dici non possit, qui in potestate morientis non fuit.* Imperatores tamen in *l. apud hostes C. de suis et legit hered.* et in *l. captum C. de postlim. revers.* absolute eum dicunt esse suum heredem. Nec, puto, quisquam dubitabit, sui heredis appellatione, et heredis necessarii nomine hos quoque comprehendi. Item Ulpianus in *l.* 3. §. *ult. ff. de Verb. signif.* ait: *ejus, qui apud hostes decessit, dici hereditas non potest, qui servus decessit.* Et tamen non potest dubitari quin hereditatis nomine haec quoque hereditas contineatur, sicut nominatur in *l. lex Cornelia* 28. *ff. de vulg. et pupill.* quia lex Cornelia confirmat testamentum ejus, qui apud hostes decessit perinde ac si in civitate decessisset *l. lege Cornelia* 12. *ff. qui testam. l.* 1. §. 1. *ff. ad leg. Falcid.* §. *ult. instit. tit. quib. non est permiss. fac. test.* Quamobrem etsi vere servus decesserit, tamen, fictione legis inspecta, liber et civis Romanus decessit. Haec omnia in usufructu multo magis admittenda sunt. Etenim fictio legis Corneliae nullo alio nititur fundamento, quam publicae utilitatis: Senatusconsultum vero, quod introduxit usumfructum earum rerum, quae usu consumuntur, in earum rerum natura fundatum est. Ea enim est harum natura, ut in genere suo functionem recipiant *l.* 2. §. 1. *ff. de reb. cred.* et cum aliud redditur, idem omnino reddi videatur: atque adeo res conservari videatur, etiamsi consumatur, quia conservatur in genere suo, quod perire non potest. Imo propter omnimodam similitudinem harum rerum, magis idem redditur, et conservatur a fructuario res, in qua habet usumfructum, quam si haberet usumfructum fundi, vel domus. Natura enim fieri non potest, ut si illis diu fruatur, longo tempore non immutentur, adeo ut fundus, quem restituit, non sit in multis valde diversus ab eo, quod accepit, etiamsi illum diligentissime servaverit, cum arbores, plantae, sata in dies mutentur, et consenescant, et quae in earum locum subrogantur, non possint esse omnino similes illis, saltem non sint adeo similes, sicut est frumentum frumento, oleum oleo, et caetera ejusmodi. Solum ipsum aliquando nimia ubertate defatigatum ac terra effoeta fertilitate a fructuario restituatur necesse est.

18 Secundo statuendum est, quod quoties aliqua species minus proprie pertinet ad illud genus, de quo dispositum est, tunc investigandum est, quid senserit disponens, quoniam ambigua est dispositio, ac propterea ad voluntatem disponentis est recurrendum, ut alias diximus *l. ubi est verborum ff. de reb. dub. l. in ambiguis* 96. *ff. de reg. jur. l.* 3. *in princ. ff. de reb. dub.* Et quia mens et voluntas testatoris maxime dignoscitur ex usu ejus et consuetudine, idcirco si speciem, de qua dubitatur, in numero ejus generis habuit, de quo disposuit, etiamsi minus proprie ad illud pertineat, tamen interpretandum est, etiam de illa voluisse disponere. Quamobrem si legavit vinum, et in numero vini habuit non solum vinum, quod ex vinea natum est, sed etiam vina factitia, ut hydromeli, cerevisiam, defrutum, mulsum et alias hujus generis potiones, eas quoque legasse videtur *l. si quis vinum* 9. *ff. de tritic. vin. et oleo leg.* Item acetum, licet vinum non permanserit, quia plerique servis et illis, per quos opera rusti-

ca perficiebantur, acetum aqua dilutum potandum dabant, quod poscam vocabant. Plaut. in *Rud.* IV. *sc.* 2.

Sed hic rex cum aceto pransurus est et sale sine bono pulmento.

Et in *milit. glor.* III. *sc.* 2.

Alii ebrii sunt, alii poscam potitant.

Itaque domini illi acetum vini numero habebant. Vide *l. quaesitum* 12. §. *acetum* 18. *ff. de instr.*

Illud tamen verum non est, acetum vini appellatione contineri, etiamsi vini numero non haberetur ex *l.* 2. §. 13. *ff. de opt. leg.* Nam optio consumitur electo aceto post degustationem, quia concurrit utriusque voluntas et heredis et legatarii, ac propterea recte solvitur acetum quasi vinum, si legatarius id quasi vinum elegit. Idcirco si ante exhibitionem, et degustationem illud eligat, non consumitur optio *d. l.* 2. quia tunc ignorat acetum esse, quod proprie vinum non est, et legato non continetur.

19 Majorem involvit difficultatem id, quod in eadem *l.* 9. §. *si acetum ff. de trit. vin. et oleo leg.* traditum est de embammate; nam embamma non est ejusdem substantiae, cujus acetum, et ideo error in hoc vitiat emptionem *l. in venditionibus* 9. *in fin. ff. de contrah. empt.* Verum puto in hac lege agi de embammate factitio, quod non ex aceto confectum est, sed arte per commixtionem herbarum, vel fermentatione, vel commixtione alicujus materiae acidae acorem contraxit: ut indicant illa verba: *caeterum si vinum non acuit, sed ab initio acetum fuit.* Ait in *l. si quis vinum* 9. *ff. de trit. vin. et ol. leg.* agitur de embammate, quod aceto constat, ad intinctus parato, ut nos conficimus acetum rosaceum, et violaceum, infusa rosa, aut viola, aut aliis floribus, herbisque bene olentibus, ut jucundius exacuat palatum: ut indicare videntur illa verba: *quia aceti numero fuit.* Nam et apud nos hujusmodi embammata aceti numero sunt. In *l.* 3. §. *sed Aristo cum seq. ff. de penu legat.* non quaeritur, an genus contineat species, quae minus proprie ad ipsum pertinent, sed an penus comprehendat solum ea, quae sunt esui, ac potui, an vero etiam condimenta; et respondetur ea quoque comprehendi.

In *l. praediis* 91. §. *Titio ff. de leg.* 3. non agitur de vocabulo rerum, quae sunt immutabilia, sed de nomine fundi, quod pro arbitrio domini imponitur *l. si quis* 4. *ff. de leg.* 1.

Superest, ut duas leges conciliemus, 20
nempe *l. si mihi et Titio* 110. §. 1. *ff. de V. O.* cum *l. inter vestem* 83. *D. de aur. et arg. leg.* Non eadem est ratio legati, et stipulationis. In legato solam voluntatem legantis spectare debemus, quia solius testatoris voluntate consistit. In stipulatione utriusque voluntas spectanda est, quia utriusque consensu perficitur *l. inter* 83. §. 1. *D. de V. O.* Itaque non sufficit promissorem, uti solitum veste muliebri, nisi consentiat etiam stipulator, qui non potest existimari vestem illam noluisse stipulatione comprehendere, maxime cum verbis universalibus conceperit stipulationem: *Vestem tuam quaecumque muliebris esset:* ac propterea non possit ei imputari, quod obscure dixerit. Igitur potius ad mentem stipulatoris, quam promissoris ea verba sunt referenda *d. l. in fine*, cum scire non teneatur perversum promissoris usum.

CAPUT XXIII.

Ad L. coheredi 41. §. *qui patrem D. de vulg. et pup. subst.*

SUMMARIUM.

I. Genus non comprehendit speciem nominatim expressam.
II. Id obtinet in personis, et n. III.
IV. In dilatione solvendi.

V. In rebus, et n. VI.
VII. Expenduntur l. si domino 99. ff. de leg. 1. et l. si Eros, 11. ff. de opt. leg. et n. VIII.
VIII. Legatum optionis distinguendum a legato generis.
IX. Expenditur l. si alii 19. ff. de usu, et usufr. leg. et n. X.
XI. Expenditur l. uxorem 41. §. codicillis, ff. de leg. 3.
XII. Item l. Titia 19. §. qui Marco ff. de ann. leg.
XII. Item l. ult. §. ult. ff. de aur. et arg. leg.

1 Succedit altera cum superiore conjunjuncta disceptatio: an genus comprehendat etiam speciem, de qua nominatim dispositum fuit. Qua de re statuendum arbitror, hanc in genere minime contineri, repugnante disponentis voluntate, qui non praesumitur, eam comprehendere voluisse, cum eam de genere videatur eximere, quoties nominatim, ac specialiter de ipsa disponat. Idque verissimum esse arbitror sive de personis, sive de rebus agatur.

2 Quod ad personas, id perspicue a Papiniano decernitur in *l. coheredi* 41. §. *qui patrem* 5. *ff. de vulg. et pupill.* Verba ejus apponam. *Qui Patrem, et Filium pro parte heredes instituerat, et invicem substituerat, reliquis coheredibus datis, post completum assem ita scripsit: hos omnes invicem substituo: voluntatis fit quaestio, an commemoratione omnium, patrem, et filium substitutioni coheredum miscuisset; an eam scripturam ad caeteros omnes transtulisset: quod magis verisimile videtur propter specialem inter patrem et filium substitutionem.* Voluntatis esse quaestionem ait Papinianus, propterea quod adjectum fuit verbum universale *omnes*, quod ex propria significatione comprehendit etiam patrem et filium. Caeterum si verbum illud non adjecisset testator, nulla esset hac de re controversia. Adjecto autem illo verbo id efficitur solum verisimile, non autem usquequaque certum: adeoque si conjecturae contrarium suadeant, a regula recedendum erit. Atque hoc Paulus docet in simili dispositione circa aetatem. Cum enim testator filio suo, si intra decimum aetatis annum decessisset, Titium substituisset, Maevium vero, si intra decimum quartum: et filius octo annorum decessisset; quaesitum fuit, an solus Titius heres esset, an etiam Maevius. Equidem filius decessit tam intra decimum, quam intra decimum quartum: nihilominus Titius solus succedit; nisi contraria voluntas testatoris aperte ostendatur, ut ibi ait Paulus in *l. ex facto* 43. §. *item quaero* 6. *ff. de vulg. et pup. subst.* Nititur igitur haec regula sola juris praesumptione, quae non respuit contrarias conjecturas: dummodo illis aperte ostendatur contraria testatoris voluntas.

Accedunt duae aliae leges, quae id 3 ipsum confirmant *l. alimenta* 16. §. *Basilicae et l. verba* 5. *ff. de alim. leg.* In prima legata erat Basilicae libertae pecunia, unde se aleret: alio capite generaliter libertis libertabusque cibaria, et vestiaria, et habitatio relicta erant. Hoc secundum legatum non comprehendit Basilicam: nisi hoc quoque ei datum probaretur. In altera lege omnibus libertis cibaria legata erant. Alio loco testator Prothymo, Polychronico, et Hypatio cibaria reliquit, eosque commendavit heredibus, cum quibus morari voluit. Quaero, an omnibus cibaria debeant dari, an his, quos commendavit, et cum heredibus esse jussit. Modestinus respondit, omnibus libertis cibaria relicta proponi. Tribus hisce libertis cibaria debentur non ex legato generali, sed ex speciali. Neque hic admitterentur contrariae conjecturae, ne legatum sine causa duplicetur. Sed videnda est, si lubet, hujus legis explicatio in dissertatione de specie adjecta generi.

Idem, quod de personis est constitu- 4 tum, etiam de dilatione solvendi traditur in *l.* 4. *ff. de dot. praeleg.* Cum vulgari modo dies legatorum profertur, nihil eam rem ad dotis relegationem pertinere ait, quia suum diem habet. Pluribus exemplis id explicatum in *l. ta-*

lis scriptura 30. *per tot. ff. de leg.* 1. ex cujus initio constat, quid sit vulgari modo diem legatorum proferre. De cautione idem traditum in *l. doli* 119. *ff. de V. O.*

5 Jam vero de rebus legatis videamus. In *l. cum alii* 2. *ff. de trit. vin. et ol. legat. Cum alii penum, alii vinum legatum esset; excepto vino omne penum ad alium legatarium pertinebit.*

In *l. Stichus* 20. *in princ. ff. de alim. vel cibar. leg. Stichus nutricis meae nepos liber esto, cui decem aureos annuos dari volo. Qui deinde, interpositis nominibus, eidem Sticho contubernales ejus, et liberos legavit; hisque quae vivus praestabat. Deinde alio capite libertis omnibus, quae vivus praestabat, dari jussit; quaero, an Stichus praeter suum legatum et alimenta percipere possit. Respondit, secundum ea, quae proponerentur, non posse.* Recte. Nam legatum annuum liberto relictum, pro alimentis relictum censetur *l. a filio* 15. *in princ. ff. de alim. vel cibar. leg.* et simile exemplum proponitur in *l. libertis in princ. ff. eod. et in §. posthumis ead. l. et laudata l. Stichus* 20. *§. Titia ff. eodem.* Ac propterea cum in specie, et nominatim ei relicta fuerint alimenta, non comprehenditur in generali legato alimentorum libertis omnibus relicto. Ex quo efficitur, quod etiamsi illud, quod generali legato relinquitur, in legato speciali non expresse, sed tacite ex juris interpretatione contineatur, tamen species a genere exempta censetur.

6 In *l.* 1. *ff. de aur. et arg. leg.* Alii vestimenta: alii vestis muliebris legata est. Illi debentur reliqua vestimenta, detractis muliebribus: huic vestimenta muliebria. Item alteri mundus muliebris, alteri argentum omne legatum est. Huic debetur omne argentum, detracto tamen argento, quod in mundo esset, quod alteri legatum est. Item uni urbani servi legati sunt, alteri dispensator: illi debentur omnes servi, *excepto dispensatore.* Singulari animadversione dignum est secundum exemplum, tum quia etiam legatum mundi muliebris generale est, non minus, quam legatum argenti: tum quia in mundo muliebri continetur quidem argentum muliebre, non tamen hoc nominatim et expresse legatum est, sicut nominatim continetur in generali legato omnis argenti. Quamobrem nulla ratio apparet, cur potius argentum muliebre cedere debeat legato mundi muliebris, quam legato omnis argenti: praesertim propter verbum illud universale *omne*, sed hoc ita decisum fuisse a Pomponio arbitror, quia licet mundus muliebris plures diversas res contineat *l. argumento §. ornamenta. vers. mundus l. si uxori in princ. ff. de auro et arg. leg.* tamen adjectio illa *muliebris* efficit, ut speciei rationem habeat. *l. Plautius* 8. *ff. eod.* maxime si argentum, quod est in mundo, consideretur, quod singularis res est, restrictum ad vasa unguentaria, quae argentea esse possunt, et si qua sunt similia: reliquum enim argentum ad ornamenta pertinet, non ad mundum *d. l. argumento §. ornamenta.* Plurimum enim interest decernere, quodnam sit genus, quae species: quandoque enim id non modicam habet dubitationem, cum duo genera esse videantur, ut in *l. servis urbanis* 99. *§. ult. ff. de leg.* 3. ubi cuidam legati erant vernae, alii cursores: quidam autem servi erant simul et cursores, et vernae. Dubitatum fuit, cui cederent: utrumque enim genus esse videtur tam vernarum, quam cursorum. Paulus tamen respondit, cursoribus cedere: semper enim species generi derogat. Nimirum licet plures, ac plures possint esse cursores, tamen cursorum officium nullas species continet: nomen autem vernae plures species subjectas habet: puta, quidam sunt atrienses, quidam fabri, quidam textores, ac similes: tot enim possunt esse species vernarum, quot sunt ministeria, et officia servorum. Subdit deinde Paulus. *Si in specie aut in genere utrique sint, plerumque communicabuntur.* Multum igi-

tur refert distinguere speciem a genere. Illud animadvertendum est, hic genus et speciem more dialecticorum accipi, ut supra etiam indicavimus.

7 In contrariam partem multa afferri possunt: ac primo contrarium respondisse videtur Julianus in *l. si domino* 99. *ff. de leg.* 1. *Si domino Stichus legatus esset, et servo ejus optio data; partem dimidiam Stichi dico ad dominum pertinere, quod possit servus manumissus eumdem Stichum optare.* Idem Julianus in *l. si Eros* 11. *ff.* de opt. leg. *Si Eros Sejo legatus sit, et Eroti fundus, deinde optio servi Maevio data fuerit, isque Erotem optaverit, fundus ad solum Sejum pertinebit, quoniam aditae hereditatis tempore is solus erat, ad quem posset legatum pertinere.* Pro certo babet Julianus eum cui legata est optio, posse optare servum alteri legatum. Non possunt haec esse contraria sententiae, quam supra probavimus, quam probat idem Julianus harum legum auctor in *l. uxorem* 41. §. *felicissimo* 3. *D. de leg.* 3. ubi ait non esse verisimile, testatorem, qui specialiter libertis fundum legavit, ad filium, cui et bereditatis partem reliquit, legatnm generali sermone transferre voluisse. Quamobrem investigare oportet discrimen inter legatum generis, et legatum optionis.

8 Glossa ait, quod testator duos tantum servos babebat, Erotem, et alium: adeoque inutile esset legatum optionis, si non posset Erotem optare. Verissimnm id quidem, si aliquo argumento conjectare possemus, testatorem duos tantummodo servos habuisse. Sed praeterqnam quod nulla, ne levis quidem, conjectura poteat afferri, contrarium potius conjicere possumus, quia constanter duobus locis, ac diversis factis propositis, Julianus respondit sine ulla distinctione.

Verius igitur existimo, legatum optionis legato generali comparandum non esse. Qui legat genus, legat omnes servos, quos genus complectitur *l. si chorus* 79. *D. de leg.* 3. Qui legat optionem, unum tantummodo servum legat incertnm quidem ante optionem, sed qui certus ex optione fiet. Itaque si uni servus, alteri optio servi legetur, utrumque legatum speciale est, alterum continet speciem certam, alterum incertam. Quamobrem obtinere debet regula a Paulo tradita in *l. servis urbanis* 99. §. *ult. ff. de l.* 3. *Si in specie aut in genere utrique sint, plerumque communicabuntur*, At enim, inquies, legatum optionis orationis compendio omnes servos comprehendit *l. Maevius* §. 1. *D. de leg.* 2. Verissimum id est quoad facultatem eligendi, non quoad obligationem; neque enim omnes servi debentur legatario, sed is tantum, qui a legatario optabitur, vel illi tres tantum, quos eligere potest ex legato optionis *l.* 1. *D. de opt. leg.* Et cum optionis legatnm esset olim conditionale §. *optionis* 23. *instit. tit. de leg.* non ante nascebatur obligatio, nec dominium transferebatur in legatarium, quam si optasset.

Sed hoc maxime probat in legato optionis contineri etiam servum alteri lagatum: nam cum generaliter unus servus per optionem legatur *l. his consequenter* 18. *in princ. D. fam. ercisc.* utique testator de omnibus ac singulis videtur cogitasse *l. cum ita legatur* 9. *D. de opt. leg.* quae est ejusdem Juliani: *eum, qui sub conditione libertatem Sticho det, et optionem servorum, non cogitare de Sticho, sicuti constat non cogitare eum de eo, cui praesentem libertatem dederit: secundum quod si Stichum optavero, nihil agam, et ex caeteris nihilominus optabo.* Non cogitat testator de servo manumisso: si enim eum vult esse liberum, utique non vult eum praestari legatario. De reliquis cogitat testator: cogitat etiam de servo alteri legato: nam et hic in familia, ex qua fieri debet optio, continetur *l. si optio* 13. *D. de opt. leg.* et ab herede praestari potest. Is, cui generaliter omnes servi legati sunt, facile vindicabit

etiam servum alteri legatum, cum dimidiam ejus partem sit consecuturus, et ideo testator ipsum alteri legando exemit e genere legato. Is, cui optio legata est, non facile optabit servum alteri legatum, quia eum optando, dimidiam tantum partem ejus est consecuturus; alium autem optando, totum servum est habiturus: et ideo hunc servum non exemit e familia testator. Ille contentus esse debet omnibus aliis servis, quos consequitur ex liberalitate testatoris, non adimere partem servi alteri legatario, qui unum tantum servum accepit a testatore; et hoc testatorem voluisse non est verisimile. Hunc qui unum tantum servum, aut ad summum tres est consecuturus, laxiorem in optando facultatem habere consentaneum est voluntati testatoris. Sic igitur concludendum est ex sententia Juliani: ex legato optionis eximitur a testatore servus, qui ab eo vel praesentem vel sub conditione libertatem accepit, quia de hoc non videtur cogitasse testator; cum enim voluerit eum esse liberum, noluit eum legatario optionis praestari. Quocirca, si conditio libertati adjecta defecerit ante aditam hereditatem, poterit ille servus optari, laudata *l. cum ita* §. *ult. D. de opt. leg.* Longe aliter se res habet in legato familiae vel omnium servorum. Nam qui uni certum servum legat, et alteri omnes servos, nunquam videtur cogitasse de illo servo, quem illi specialiter legavit.

9 Contrarium quoque esse videtur Modestini responsum in *l. si alii* 19. *in princ. D. de usu et usufr. leg.* cujus auctoritas a quibusdam doctissimis viris est repudiata. Testator alii fundum, alii usumfructum ejusdem fundi legavit; respondit Modestinus, usumfructum inter eos communicari.

Sed nullo modo contrarium est regulae, quam initio statuimus. Neque enim hic agitur de legato generis et speciei. Non est alii legatum genus, alii species: sed uni legatum est totum, alteri pars. Fundus non est genus, sed res singularis, nec ususfructus est species fundi. Fundus est totum quiddam conflatum ex proprietate, et usufructu: ususfructus, et proprietas sunt partes fundi, quae juris intellectu fundum componunt *l. qui usumfructum* 58. *ff. de V. O.* Quamobrem ille, qui legat usumfructum, legat partem fundi, et quidem eam partem, qua detracta fundus dari non intelligitur. Quo fit, ut qui fundum legat, necessario complectatur et proprietatem, et usumfructum; quia detracto usufructu, fundus dari non intelligitur *d. l. qui usumfructum D. de V. O.* Detracta specie remanet genus, detracto usufructu non remanet fundus, sed sola proprietas. Atqui non sola proprietas legata fuit, sed proprietas conjuncta cum usufructu.

Atque ut clarius eluceat, Modestini responsum ad rem nostram non pertinere, observandum est, nos, cum dicimus speciem uni legatam non comrpehendi in genere alteri legato, nisi conjectura voluntatis testatoris, qui speciem legando videtur eam a genere eximere. Contra Modestinus nititur verbis testatoris, eorumque significatione etiam contra ejus voluntatem. Ibi: *Si eo proposito fecit, ut alter nudam proprietatem haberet, errore labitur. Nam detracto usufructu proprietatem eum legare oportet eo modo* etc. Et hoc est, quod in multorum reprehensionem incurrit, quod verborum vim voluntati praetulerit: quam, si quando nobis obvenerit occasio, diluemus. Quod ad rem nostram attinet, Modestinus in ea lege non disputat, an species generi deroget: Sed an erraverit testator, qui legavit fundum, cum vellet legare nudam proprietatem, et an a verbis sit recedendnm, ut errori testatoris obsequamur: seu, ut dicam planius, an cum perspicua sint verba testatoris, admittenda sit voluntatis quaestio, quod etiam Paulus negavit in *l. ille aut ille* 26. *D. de leg.* 3. Nam quod legato uni fundo, alteri usufructu, inter eos communicetur ususfructus, controversum non

erat *l. si tibi decem* 6. *D. de usufr. ear. rer. l. Sempronius Attalus* 26. §. *ult. D. de usufr. leg.* sicuti si uni legetur domus, alteri habitatio *l. Sempronio* 33. *in princ. D. de usu et usufr. leg.* Id erat in controversia, an ususfructus esset communicandus, etiamsi testator legaverit fundum eo proposito, ut nudam proprietatem legaret; et Modestinus respondit, nihilominus totum fundum legatum esse, et communicandum usumfructum, quemadmodum in re non absimili statuerunt Servius, et Celsus contra opinionem Tuberonis in *l. Labeo* 7. §. *ult. ff. de supell. leg.*

10 Sed obstat text. in *l. cum quaestio* 23. *C. de leg.* Qui legat uni totum, alteri tertiam partem, primo duae tertiae, alteri tertia debetur, et ita de aliis partibus. Sed hae sunt partes quantitativae, ut ajunt, quae non possunt communicari cum eo, cui totum legatum est ex voluntate testatoris, quia secundus non haberet tertiam partem, si eam cum primo communicaret, quod voluit testator *d. l. cum quaestio.*

11 Sequitur aliud argumentum, quod duci potest ex *l. uxorem* 41. §. *codicillis ff de leg.* 3. Testator servis manumissis legavit contubernales, itemque filios et filias. Idem postea petit ab heredibus suis, ut restituerent quosdam fundos, cum omnibus, quae ibi erunt, et mancipiis rusticis, vel urbanis, et actoribus, exceptis manumissis. In fundis legatis tempore mortis testatoris erant servi Eros, et Stichus, qui actum administrabant; et erant filii Damae, qui a testatore fuerat manumissus. Quaesitum fuit, an illi ad Damam pertinere deberent, quod ejus essent filii, an vero ad uxorem, quod in fundis ei relictis essent. Respondit Scaevola, ad patrem naturalem intuitu pietatis eos pertinere. Non confugisset Scaevola ad intuitum pietatis, si servi illi specialiter legati patri naturali, exemti essent a genere mancipiorum uxori legato.

Respondetur, confugiendum fuisse ad intuitum pietatis pluribus de causis. Prima ac potissima est, quia testator, cum legavit servis manumissis contubernales, nec non filios, et filias, excepit eos, quos uxori legasset: atqui Eros et Stichus uxori legati erant, cui reliquit testator mancipia, quae in fundis per fideicommissum uxori relictis essent. Accedit quod nominatim testator reliquit uxori actores, qui essent in fundis fideicommissis, et hujusmodi erant Eros, et Stichus. Concurrit et alia causa, quia hic non erat uni relictum genus, alteri species: sed aut utrique genus, aut utrique species. Nam manumissis legati erant filii, et filiae nominatim: uxori relicti erant nominatim actores: itaque viderentur esse communicandi Eros et Stichus inter Damam, et uxorem juxta *l. servis urbanis* 99. §. *ult. ff. de leg.* 3. Sed omnem controversiam dirimit intuitus pietatis, quo praesumitur adductus testator ad legandos filios, et filias servis, quos manumisit: ut possit eis libertatem dare, eosque pie, ac liberaliter tractare.

Aliud argumentum nobis suppeditat 12 idem Scaevola in *l. Titia* 19. §. *qui Marco ff. de ann. leg. Qui Marco homini docto certa annua praestabat, testamento cavit: Domina sanctissima scio te de amicis meis curaturam, ne quid his desit: verumtamen et Marco dari octingenta. Respondit Scaevola, Marco deberi non solum octingenta, sed etiam annua, quae testator ei vivus praestabat.*

Nullius momenti est hoc argumentum. Non est uni legatum genus, alteri species: Sed eidem legata tum octingenta, tum annua. Non est legatum genus et species. Nam nec annua sunt species octingentorum, nec octingenta sunt species salarii annui, quod a vivo testatore ei praestabatur. Solum igitur concurrunt duo legata in eodem legatario, atque adeo utrumque praestandum

esse dubitari non poterat. De eo controversia erat, an Marco relicta essent annua illis verbis, *scio te de amicis meis curaturam, ne quid his desit.* Item an octoginta relicta essent et subrogata in locum annui salarii: tunc enim annum salarium non deberetur, sed solum octingenta *l. alimenta* §. *Basilicae ff. de alim. leg.* quam supra exposui. Sed verba, quibus usus est testator: *verumtamen Marco. etc.* demonstrat, testatorem voluisse, Marcum habere utrumque legatum, atque ita recte ea est interpretatus Scaevola.

13 Superest aliud petitum ex *l. ult.* §. *ult. ff. de aur. et arg. leg. Mulier Sejae legavit ornamenta universa: deinde jussit, se funerari arbitrio viri, et ex ornamentis inferri sibi lineas duas ex margaritis, et viriolas ex smaragdis. Sed neque maritus, neque heredes curarunt, ut haec ornamenta inferrentur. Respondit Scaevola, non ad heredes, sed ad Sejam legatariam ea ornamenta pertinere.*

In promptu est responsio. Non impleta voluntate testatricis, quae viriolas ex smaragdis, et duas lineas margaritarum e genere ornamentorum exemerat, ut iis ornaretur, cum sepeliebatur, utique genus non minuitur, et Sejae, cui ornamenta legata fuerunt haec quoque debentur, cum in genere legato contineantur, a quo non fuerunt exempta, non impleta testatricis voluntate, quae facto mariti, et heredis ad nihilum recidit, adeoque nihil detrabit legato generali.

CAPUT XXIIII.

Ad L. legata 9. ff. de supellect. leg.

SUMMARIUM.

I. An species expressa coangustet genus, voluntatis quaestio est. Interpretes, qui eam tractarunt, veritatem non assequuti.
II. Species adjectae genus non minuunt, si qua causa appareat, cur adjectae fuerint. Expenduntur loca, quae pro negativa sententia afferuntur ad n. VI.
VII. Enumerantur loca, quibus affirmativa sententia confirmatur ad n. XVI.

Succedit altera controversia, quam in 1
superiore attigimus, infinitis propemodum difficultatibus involuta, quam dum explicare conati sunt interpretes, et in forensibus causis apprime exercitati, mirabiliter implicarunt. Ea est, an species expressae coangustent genus, ipsumque contrahant ad species expressas. Voluntatis quaestio est: adeoque oleum et operam perdunt, qui hac de re certam regulam statuere conantur. Facile quidem 2
rem expediunt, qui ajunt, tunc speciem genus coarctare, cum adjecta est aliqua particula taxativa: *scilicet*, *videlicet*, aliave ejusdem modi. Sed hi non solvunt quaestionem, verum ab ea declinant. De hoc enim nulla potest esse controversia, cum manifesta sit voluntas testatoris suam mentem perspicue declarantis. Alii distinguunt, an species praecedat genus, an subsequatur. Inanis profecto distinctio, nulloque jure, nulla ratione suffulta. Sunt, qui docent, distinguendum esse, an genus sit per adjectivum neutraliter positum, an per substantivum. Nisi vererer de doctissimis viris detrabere, hanc distinctionem non solum commentitiam esse dicerem, sed etiam ineptam. Certe veteres Jurisconsulti nihil tale cogitarunt. Ut hoc appareat, atque extet, singulas leges, quae hac de re pertractant, diligenter explanabimus, et quae in utramque partem disseruntur, exponemus, ac deinceps, quid in hac perdifficili, et perobscura quaestione sentiamus, in sequenti dissertatione proponemus.

Primum autem, quod species non im- 3
ponat generi modum, nec legatum minuat, perspicue traditum ab Ulp. in *l. quaesitum 12.* §. *si quis fundum 46. ff. de fund. instr.* pro quo facit auctoritas Papiniani in *l. legato 9. ff. de suppel. leg.* Papinianus ita scribit. *Lega-*

ta suppellectili, cum species ex abundanti per imperitiam enumerentur, generali legato non derogatur. Si tamen species certi numeri demonstratae fuerint, modus generi datus intelligitur. Ulpianus autem in laudata *l. quaesitum* Papiniani responsum generaliter accepit. Ait enim: *Si quis fundum ita, ut instructus est, legaverit, et adjecerit cum suppellectili, vel mancipiis, vel cum aliqua re, quae nominatim expressa non erat: utrum minuit legatum adjiciendo speciem, an vero non, quaeritur: et Papinianus respondit, non videri minutum, sed potius ex abundanti adjectum.* Verba illa Papiniani: *cum species ex abundanti per imperitiam enumerentur:* Ulpianus ita interpretatur, quasi Papinianus pro certo affirmaverit, credendum esse, species adjectas fuisse per imperitiam ex abundanti. Quapropter nisi contrarium manifeste demonstretur, minutum non erit legatum. De altera legis parte, quae videtur paulo obscurior, quando videlicet modus legato datus intelligatur, dicemus in proxima.

Hanc opinionem plerique confirmant auctoritate Modestini in *l. verba* 5. *ff. de alim. vel cib. leg.* Ibi: *Testator ita legaverat: omnibus libertis meis cibaria praestabitis pro arbitrio vestro, non ignorans, quos ex his caros habuerim. Item alio loco ita scripsit: Prothymum, Polychronium, Hypatium commendo, et ut vobiscum sint, et cibaria praestetis peto. Quaesitum fuit, an omnibus cibaria dari deberent, an solis illis, quos commendavit, et cum heredibus esse jussit. Modestinus respondit, omnibus libertis cibaria relicta proponi, quorum modum viri boni arbitrio statuendum esse:* sed hoc Modestini responsum, ut ingenue fatear quod sentio, ad quaestionem nostram non pertinet. Animadverto enim verba illa, *pro arbitrio vestro*, non referri ad electionem libertorum, quibus alimenta praestanda sint: testator enim omnibus libertis cibaria praestari voluit; non dedit electionem heredibus, quibusnam ea praestare vellent: ac propterea recte respondit Modestinus, omnibus libertis cibaria relicta proponi. Ea igitur verba referuntur ad modum alimentorum: hoc est, heredes scientes, quos testator ex libertis caros haberet, his pinguiora alimenta praestare debent: et ideo recte dixit Modestinus, modum cibariorum arbitrio boni viri statuendum. Licet enim testator id commiserit arbitrio heredum, tamen ipsi arbitrari debent, quemadmodum vir bonus arbitraretur. Illud etiam animadvertendum, quod secundum legatum tribus illis libertis nominatim relictum non potest minuere primum, quod generatim relictum est omnibus: tum quia, cum expresse relictum sit omnibus, non possunt ab eo reliqui excludi, nisi fuerit ipsis ademptum: tum quia hoc secundum legatum diversum est a primo, quia non solum in hoc cibaria relinquit tribus libertis testator, sed etiam mandat heredibus, ut eos secum habeant, et cum eos commendet heredibus, hoc ipso demonstrat, eos sibi caros esse, atque eis cibaria pinguiora esse praestanda, sicut mandaverat in primo legato. Constat igitur, hoc secundum legatum adjecisse testatorem, non ut caeteris adimeret legatum, et cibaria in primo legato ipsis relicta, sed ut hos commendaret heredibus, et caros sibi esse declararet, et velle se eos cum heredibus commorari. Quamobrem ex hac lege conficitur, quod si qua causa appareat, cur testator species generi adjecerit: ac si verba commode alio referri queant, idque recta ratio sermonis suadeat, nunquam species adjectae genus minuent, eique modum ac terminos angustiores circumscribent.

4 Minus ad rem attinet Scaevolae responsum in *l. alimenta* 16. §. *Basilicae ff. de alim. et cib. leg. Basilicae legata erant decem, ut cum annorum vigintiquinque esset, ei restituerentur cum usuris, ex quibus aleretur. Alio capite libertis, libertabusque cibaria, et ve-*

stiaria, et habitatio legata erat. Quaesitum fuit, an haec quoque Basilicae deberentur: responsum est non deberi. In hac lege non id, de quo agimus, in quaestione versatur: Sed an legatum speciale duplicatum videatur, adjecto legato generali: Seu an genus comprehendat etiam speciem, de qua testator specialiter jam disposuerat, qua de re in superiore disputavimus, et fortasse alias disputabimus. Basilicae libertae relicta erant decem cum usuris, ut ex his aleretur: adeoque ei relicta erant alimenta. Postea legata erant alimenta libertis, libertabusque, utique in hoc legato generali Basilica non continetur, cui jam alimenta specialiter erant legata, neque enim verisimile est, testatorem voluisse eam habere alimenta duplicata. Et ideo optimam rationem subdit Claudius: *quia destinaverat alimentis ejus usuras pecuniae, quas ei specialiter praelegaverat*: species hic coarctat genus eo modo, quo potest. Nam Basilica in legato generali non continetur: non ea ratione quia species coarctet genus, sed quia alimenta jam ei erant legata. Caeterum, quod nostrae quaestionis est, hoc loco genus in unam speciem redigi non potest: hoc est, soli Basilicae alimenta deberi. Etenim cum duo sint legata inter se diversa, atque sejuncta, si soli Basilicae alimenta deberentur, legatum generale alimentorum esset omnino inutile: quo nihil absurdius dici potest, aut cogitari. Neque adeo juris ignarus fuit Scaevola, ut hoc in controversiam vocaret: aut tamquam rem dubiam incertamque proponeret.

Supersunt aliae due leges explicandae.
5 In *l. annuam* 6. *ff. de ann. leg. Testator annuam pecuniam ad ludos civitati reliquit, quibus praesideri heredes voluit, successores negant se debere, quasi testator tamdiu praestari voluisset, quamdiu praesiderent heredes. Respondit Modestinus fideicommissum in perpetuum praestandum esse.* Sed hic nulla species adjecta generi, verum qualitas adjecta legato in honorem heredum: quae legatum, quod natura sua perpetuum est, *l. pen. ff. eod.* non efficit temporarium.

In *l. quisquis* 95. *in fin. ff. de leg.* 6
3. Testator legaverat cuidam quantas summas dictasset: dictavit etiam res corporales. Quaesitum est, an hae legato continerentur. Eas quoque contineri responsum est. Futile est argumentum, quod ex hac lege deducitur. Alienissimum enim est a nostra quaestione, quod in ea lege vocatur in dubium. Nimirum dubitatur, an nomine summarum res corporales contineantur: et contineri respondetur, tum quia id non abhorret a verbi significatione, ut ibi probatur exemplis, tum quia consentaneum est voluntati testatoris, qui inter summas dictavit etiam res corporales.

Contraria sententia gravissimis firmissi- 7
misque nititur argumentis. Primum ducitur a *l. heres meus* 100. §. 1. *ff. de leg.* 3. Duae statuae marmoreae cuidam nominatim, item omne marmor erat legatum. Questionis fuit apud veteres, an solae duae statuae legato continerentur, quae nominatae erant, an etiam reliquae, quae generali legato marmoris poterant contineri. Javolenus statuit, solas duas deberi. Animadvertendum tamen est, quod hic duo proponuntur legata: alterum speciale statuarum: alterum generale marmoris. Dubitatur, quid generali legato marmoris testator voluerit comprehendere: et licet verbi significatio possit etiam ad statuas extendi, tamen, cum statuas separatim ac specialiter legaverit, potest videri, non putasse in marmore se statuas legare. Quamobrem si subtilius expendatur Javoleni responsum, pertinet potius ad eam quaestionem: an species expressa in genere contineatur.

Alterum ducitur a *l. ult. in fin. ff. de* 8
trit. vin. et ol. leg. Ibi: *Legatum erat vinum amphorarium, Aminaeum, Graecum, et dulcia omnia. Inter dulcia nihil nisi quod potionis est, legatum vi-*

detur. Equidem vini commemoratio restringit generale legatum omnium dulcium. Veruntamen si rem attentius consideremus, non restringitur genus a specie expressa, nam et vini legatum generale est: sed cum legato vini subjiciantur verba illa: *et dulcia omnia*: dubitatum fuit, an ea tantum dulcia legata viderentur, quae sunt ejusdem generis, ac vinum; nempe quae sunt potionis, ut passum, defrutum, et alia poculenta, an vero etiam esculenta, ut ficus, caricae, mel, et alia hujus generis. Et quia conjunctim eadem oratione post genera vini enumerata adjecit etiam dulcia, respondit Labeo, solum ea, quae sunt potionis, legato contineri ex collatione vini amphorarii. Collatio igitur vini supra legati genus dulcium ad potiones contrahit, ac reducit, non species expressa. Itaque ex hac lege potius illud deduci posse videtur, quod quoties alicui generi subjicitur aliquid magis generale, et quod latius pateat, quam genus superius expressum, hoc ad illud redigi ac reduci debeat, facta collatione cum illo.

9 Tertium depromi potest ex *l. nam quod liquidae* 4. *in fin. ff. de pen. legata*, Ibi: *Legata erat omnis penus praeter vinum, quod Romae erit. Pomponius et Paulus responderunt, solam penum, quae Romae est, legatam videri.* Hoc quoque legatum vere non restringit adjectio vini, sed demonstratio illa, quae certo loco circumscribit rem legatam: *quod Romae erit.* Demonstrat enim testatorem sensisse de penu, quae Romae erat: Exceptio enim sicut confirmat regulam in his, quae non sunt excepta, ita demonstrat, qua de re voluerit disponere testator *l. quaesitum* §. *idem respondit domo* 43. *vers. denique Neratius ff. de fund. instr.* Itaque demonstratio illa: *quod Romae erit*, licet adjecta fuerit vino, tamen refertur ad totum legatum, hoc est, ad penum legatam. Nam quod excipitur, pars est subjecta generi, unde eximitur: ac propterea si vinum, quod Romae est, excipitur; et de penu legata eximitur, penus quoque, quae Romae est, legata censeatur necesse est.

Quartum ex *l. cum de lanionis* 18. §. *cui fundum ff. de instr. vel instrum. leg. Cui fundum instructum legavit nominatim, mancipia legavit: quaesitum est, an reliqua mancipia, quae non nominasset, instrumento cederent. Cassius ait responsum esse, tametsi mancipia instructi fundi sint, tamen videri eos solos legatos esse, qui nominati essent; quod appareret non intellexisse patremfam. instrumento quoque servos annumeratos esse.* 10

Quintum ex eadem *l.* §. *quidam penult. Cum quidam ita legasset; villam meam ita ut ipse possedi, cum supellectile, mensis, mancipiis, quae ibi deputabuntur, urbanis, et rusticis, vinis, quae in diem mortis ibi erunt, et decem aureis: et quaereretur, cum in diem mortis ibi libros, et vitreamina, et vesticulam habuerit, an eadem omnia legato cederent, quoniam quaedam enumerasset. Scaevola respondit specialiter expressa, legato cedere* 11

In *l. Sejae* 20. *in princ. ff. eod. Quidam testamento Sejae reliquit fundos instructos, cum villicis, et reliquis colonorum. Postea in codicillis, oblitus testamentariae scripturae, legavit fundos ita ut sunt instructirustico instrumento, supellectile, pecore, et villicis, cum reliquis colonorum, et apotheca. Respondit Scaevola, testatorem, quid instructi appellatione contineri vellet, satis ostendisse;* ideoque ea tantum, quae enumeravit, deberi: non autem quod usus quotidiani causa in fundis haberet, licet hoc quoque fundi instructi appellatione contineatur *l. quaesitum* §. *sed si fundus cum seqq. ff. eod.* 12

In *l. quaesitum* 78. §. 1. *ff. de leg.* 3. *Argentum omne, et supellectilem, quodcumque habeo, tibi dono, et quicquid in praedio Semproniano habeo.* De hoc legato respondit Paulus: de ar- 13

gento, et supellectile, quae alibi esset, eum, cujus notio est, aestimaturum, ut obtineat, quod testatori placuisse a legatario approbabitur, ergo nisi legatarius probet, testatorem voluisse legare etiam argentum, et supellectilem, quae alibi esset; legatum generale redigetur ad id solummodo, quod est in fundo Semproniano. Sed, ut supra dicebam, designatio certi loci est, quae laxissimum legatum arctius adstringit, et reducit ad ea, quae sunt in fundo Semproniano. Nimirum cum plura conjunctim legata, aut donata sint, mentio fundi Semproniani in fine adjecta ad omnia antecedentia refertur: maxime quia in legato antecedenti testator eum contentum esse jussaerat fundo Semproniano cum suis inhabitantibus, id est, familia, et quae ibi erunt. Itaque subsequens epistola, in qua pariter legatum adstringitur ad limites fundi Semproniani, interpretationem recipit a praecedenti legato *l. si servus* 50. *§. ult. ff. de leg.* 1. *l. nummis* 75. *ff. de legat.* 3.

14 In *l. legatorum* 33. §. 1. *ff. de legat.* 2. Quidam plures heredes instituit testamento: a quibusdam nominatim relinquit legata: postea codicilloa ad omnes heredes scripsit. Respondit Modestinus, nihilominus ea legata deberi solum ab illis heredibus, quos manifeste testamento testator expresserit. Non existimo hanc propositae sententiae plurimum adjumenti afferre. Hic non species derogat generi: sed genus in codicillis adjectum non derogat speciei in testamento nominatim expressae Praeterea testator scripsit quidem codicillos ad omnes heredes, non tamen ab omnibus expresse legata repetiit. Nam si legata ab omnibus expresse repetiisset, sicut a quibusdam nominatim in testamento reliquerat, ab omnibus deberentur, non bis, sed semel, *l. si tibi homo* 86. §. 1. *ff. de leg.* 1. *l. Maevius* 66. *§. eum qui ff. de leg.* 2. Cum autem expresse et nominatim ab omnibus ea non repetierit, non debet id, quod incertum est, explicare rem certam; nec obscura voluntas, claram et expressam in testamento voluntatem testatoris declarare, aut ei derogare. 15

Superest explicandum aliud Scaevolae responsum in *l. Aurelius* 28. §. *testamento ita ff. de liberat. leg. Testamento ita scripserat: Titio affini meo quicquid mihi quacumque ex causa debebat, remitti volo, eoque amplius decem do. Codicillis ita scripsit: Titio hoc amplius affini, et debitori meo, usuram pecuniae, quam mihi debet, ab herede meo donec vivet, exigi veto: quod si exigere contra voluntatem meam putaverit, ejus sortis usuram eidem Titio ab heredibus meis donec vivit, praestari volo.* Respondit Scaevola, *videri minutum legatum, quod primo dederat.* Sed hic non minuitur legatum propter speciem adjectam generi. Sunt enim duo diversa legata, diversas res continentia, diversis scripturis relicta. Primum relictum est in testamento: alterum in codicillis: primum continet liberationem a debito sortis, alterum liberationem ab usuris: primum est indefinitum, et nullo tempore circumscribitur: alterum continet liberationem ab usuris quamdiu vivet legatarius. Ratio igitur, cur secundum legatum minuat primum, ea est, quia secundum continet revocationem, et ademptionem primi quoad debitum sortis. In primo enim testator legatario remittit, quicquid ex quacumque causa debebat: remisso autem debito, necessario consequitur etiam remissio usurarum in futurum, cum, extincto debito principali, non possint amplius currere usurae. In secundo remittit usuras quoad vivet legatarius, et vetat eas exigi ab herede; et si exactae fuerint, eas legatario restitui. Pugnat igitur secundum legatum cum primo. In primo enim remittit expresse sortem, et tacite usuras ex necessaria consecutione remissae sortis. Contra in secundo remittit expresse usuras; et ex necessaria consecutione confirmat debitum sortis. Insulsa enim esset et inutilis remissio usurarum, si

sublatum esset debitum principale sortis, unde profluit cursus usurarum. Sunt ergo contraria haec duo legata quoad debitum sortis: a primo enim tollitur: a secundo confirmatur. Quapropter utrumque simul stare non potest. Et quia in ultimis voluntatibus posterior scriptura spectari debet *l. si tibi certam* 28. *in fin. ff. de adim. legat.* et quae postea geruntur, prioribus derogant *l. Divi §. licet ff. de jure codicill.* ideo attenditur legatum relictum in codicillis, quod derogat legato relicto in testamento: quod nuda etiam voluntate potest revocari *l.* 3. §. *ult ff. de adim. leg.* eaque etiam tacita *d. l* 3. *in fin. l. si inimicitiae ff. de his quib. ut indig. l.* 2. *in fin. et l.* 3. *ff. de aur. et arg. leg.* Optimus in rem nostram *text. in l. libertis* 18. *in princ. ff de alim. leg.* Atque haec certissima sunt: sed scrupulum et dubitationem injiciebant illa verba: *hoc amplius*, quae augendi legati causa videbantur adjecta. Quapropter videri poterat testator adjecisse remissionem usurarum in codicillis rei magis declarandae causa, eo quod in testamento nullam usurarum mentionem fecerat. Verum recte respondit Scaevola, minutum esse legatum, tum natura rei, tum ipsa necessitate hoc dictante. Etenim si extingueretur debitum principale sortis ex mente testatoris, utique non possent exigi usurae, ut in codicillis supponit testator. Praeterea quia testator liberat a solutione usurarum solummodo legatarium quamdiu vivet, non vero tollit earum obligationem in perpetuum: quare mortuo legatario iterum incipient currere usurae, quod fieri non posset, sublato debito principali.

16 Hoc ad extremum moneo, frustra esse, quod ad tutandam hanc opinionem praesidium petunt ex *l. cum fundus* 126. *ff. de V. S.* ibi enim nec generis, nec speciei ulla ratio habetur: sed cum dominus in dando fundo aperte, ac perspicue declaraverit: *jus fundi deterius factum non esse per dominum praestabitur, amplius praestabitur nihil*: licet verba illa: *uti optimus maximusque esset*, significent fundum liberum esse: tamen ambigua sunt, quia potest esse liber ab omni servitute a quocumque imposita, et potest dici liber a servitute imposita a domino fundum dante. Propterea dominus ad tollendam ambiguitatem, addidit, se tantum praestare jus fundi per se deterius factum non esse, et nihil amplius: quibus verbis dilucide planeque explicavit voluntatem suam, ut de ea dubitari non posset.

CAPUT XXIV.

Ad eamdem Leg.

SUMMARIUM.

I. Species derogat generi in clara voluntate; in ambigua controversum.
II. Prima regula: cum species per imperitiam ex abundanti enumerantur, dispositioni generali non derogant.
III. Maxime si alia causa apparest, ex qua species adjectae sint.
IV. Secunda: si species certi numeri demonstratae fuerint, modus generi datus in his intelligitur. Exemplis explicatur
V. Id obtinet cum species certi numeri in ipsomet disponente demonstrantur, puta, si eidem legatae sint.
VI. Tertia: plures ac plures species adjectae genus coercent, et reliquunt ad illas species Exempla.
VII. Expenditur l. quaesitum 12. §. si quis fundum 46 ff. de fund. instruct.
VIII. Item l. Sejae 20. ff. eod.
IX. Traditur differentia inter secundam et tertiam regulam.
X. Quarta: Duobus legatis separatim relictis, quod restrictius est, derogat alteri. Exempla.
XI. Quinta regula. Species restringit genus, quoties utrumque conjunctim in eadem oratione exprimitur. Exempla.

An species adjecta generi modum imponat, ipsumque coerceat intra cancellos, quos species expressa circumscripsit, in superiore dissertatione in utramque partem disputavimus. Modo quid statuendum sit in tam difficili atque obscura quaestione, operae pretium est investigare. Equidem illud verissimum est, in toto jure speciem generi derogare *l. in* 1

toto 80. *ff. de reg. jur. l. sanctio legum* 41. *ff. de poen.* Exemplum hujus rei proponitur in laudata *l. sanctio* et in *l. si cum fundus* 126. *ff. de V. S. Cum fundum tibi darem, ita dixi: uti optimus maximusque esset, et adjeci: jus fundi deterius factum non esse per dominum praestabitur: amplius eo praestabitur nihil.* Verba: *uti optimus maximusque esset,* generalia sunt, et secundum illa dominus praestare deberet fundum esse liberum: sed cum adjecerit verba: *jus fundi* etc. quae genus expresse coarctant, non potest dubitari, dominum non teneri aliud praestare, quam jus fundi per se deterius factum non esse. Sed de hac lege luculentius in fine superioris dissertationis. Aliud exemplum in *l. ex empto* 11. §. *qui autem ult. ff. de action. empti.* Venditor tenetur emptori praestare eum habere licere non solum per se, sed per omnes *d. l. ex empto* 11. §. *pen.* At si promittat emptori habere licere per se, heredesque suos, non tenebitur, si alius evincat, saltem ex empto in id quod ejus interest. *d. l. ex empto* §. *ult.* Sed de his nulla est controversia, cum quis distincte atque explicate voluntatem suam exposuit: nam cum in verbis nulla est ambiguitas, non est admittenda voluntatis quaestio *l. ille, aut ille* §. 1. *ff. de leg.* 3.

2 Illud in controversiam vocatur, quid statuendum sit, cum ambigua est voluntas disponentis. Quid hac in re juris sit meo judicio, quam potero, planissime dicam. Prima regula sit, quam constituit Papinianus in *l. legata* 9. *ff. de supell. leg Legata supellectili cum species ex abundanti per imperitiam enumerentur, generali legato non derogatur.* Hanc confirmat Ulpianus in *l. quaesitum* 11. §. *si quis fundum* 46. *ff. de fund. instr. Si quis fundum ita ut instructus est, legaverit, et adjecerit: cum supellectili vel mancipiis, vel una aliqua re, quae nominatim expressa non erat: utrum minuit legatum adjiciendo speciem, an vero non, quaeritur: et Papinianus respondit, non videri minutum, sed potius ex abundanti adjectum.*

Maxime vero obtinet haec regula, si apparent alia causa, propter quam testator generi species adjecerit, non eo animo ut legatum minueret: ut in *l. verba* 5. *ff. de alim. vel cibar. leg.* Ibi: *Omnibus libertis nostris cibaria praestabitis pro arbitrio vestro, non ignorantes, quos ex his caros habuerim: item alio loco: Prothymum, Polychronium, Hypatium commendo, ut et vobiscum sint, et cibaria praestetis peto. Quaero an omnibus cibaria debeant dari; an his, quos commendavit; et cum heredibus esse jussit. Modestinus respondit, omnibus libertis cibaria relicta proponi, quorum modum viri boni arbitrio statuendum esse.* Apparet enim testatorem tribus libertis nominatim cibaria reliquisse: non ut caeteris ea adimeret, sed ut eos commendaret haeredibus, sibique caros esse ostenderet, eisque pinguius cibaria praestarentur, et cum heredibus commorarentur: ut fuse lateque diximus in superiore. Itaque hic opus non est ad illud Papiniani, atque Ulpiani perfugium confugere, per imperitiam et ex abundanti nominatos fuisse tres illos libertos. Quotiescumque igitur verba testatoris, et adjunctio specierum alio referri possunt, nunquam genus minuunt. 3

Altera regula, quam ab eodem Papiniano depromptam statuimus, ea est. Si species certi numeri demonstratae fuerint, modus generi datus in his speciebus intelligitur. Idem servabitur instructo praedio legato, si quaedam species numerum certum acceperint. Verba sunt Papiniani in *l. legata* 6. *in princ. ff. de supellect leg.* quae non modica indigent explicatione, ut, quid hac regula contineatur, recte teneamus. Exemplis a jure petitis rem planam faciemus. Primum petimus ex *l. cum de lanionis* 18. §. *cui fundum* 11. *ff. de fund. instruct.* Quidam legaverat Sempronio fundum in- 4

structum, et nominatim duo mancipia, Stichum, et Getam. Quaesitum fuit, an reliqua quoque mancipia deberentur, quae testator non nominavit, nam legato fundo instructo debentur omnia mancipia, quae agri colendi gratia in fundo sunt *l. in instrumento* 8. *in princ.* et in §. *quibusdam l. quaesitum* 11. §. *Alphenus* 2. *et passim alibi ff. eodem.* Verum licet in legato generali fundi instructi omnia mancipia contineantur: tamen, quia testator species certi numeri demonstravit, hoc est, Stichum, et Getam nominatim legavit, illi soli legato continentur, quod appareret, non intellexisse, instrumento quoque servos annumeratos esse. Instrumentum fundi genus est, sed genus summum, quod multa alia genera sibi subjecta comprehendit: ut mancipia, cibaria, instrumenta, et alia, quae fuse enumerantur in *l. quaesitum* 11. *ff. de fund. instr.* Animadvertendum enim est, quod plerumque Jurisconsulti genus appellant id, quod speciem dialectici dicunt: et speciem, quam dialectici nominant individuum. Itaque cum ex genere mancipiorum a testatore nominatim duae species legatae fuerint, Stichus, et Geta, totum genus mancipiorum ad has duas species redigitur Stichum, et Getam, atque hi soli legato continentur, non reliqua mancipia.

Monendum tamen est, hoc solummodo obtinere, cum eidem legatae sunt species certi numeri. Caeterum si alteri legata fuissent illa duo mancipia Stichus, et Geta; ei, cui fundus instructus legatus est, reliqua mancipia deberentur: ut contra Alphenum respondit Ulpianus in laudata *l. quaesitum* 11. §. *Alphenus* 2. *ff. de fund. instruct.* quia eos eximit a genere mancipiorum in fundi instrumento contentorum, et in illis tantummodo minuit legatum, eos adimendo legatario, et alteri dando.

Secundum haud absimile exemplum peti potest ex *l. heres meus* 100. §. 1. *ff. de leg.* 3. Ibi: *Duae statuae marmoreae cuidam nominatim; item omne marmor erat legatum: nullam statuam marmoream praeter duas Cascellius putat deberi. Ofilius, Trebatius contra. Labeo Cascellii sententiam probat, quod verum puto; quia duas statuas legando potest videri non putasse in marmore se statuas legare.* Marmor genus est, et continet alia genera, quae minus late patent, ut marmor rude, marmor expolitum statuas, vasa, et alia hujusmodi. Quoad genus statuarum testator duas nominatim legavit, ut puta statuam Jovis, statuam Veneris: has duas species nominatim legando non videtur in genere marmoris, statuas voluisse comprehendere: quamobrem reliquae non debentur, et genus statuarum, quod universum in legato marmoris contineretur, redigitur ad duas species nominatim legatas, nempe ad statuas Jovis ac Veneris.

Tertia regula est. Si testator plures ac plures species generi adjecerit: illae genus coercent adeo, ut genus ad illas species redigatur, et ipsae solummodo debeantur. Exemplum nobis suppeditat Paulus in *l. cum de lanionis* 18. §. *quidam, penult. ff. de fund. instruct. Quidam cum ita legasset: villam meam, ita ut ipse possedi, cum supellectili, mensis, mancipiis, quae ibi deputabuntur, urbanis, et rusticis, vinis, quae in diem mortis ibi erunt, et decem aureis. Et quaereretur, cum in diem mortis ibi libros, et vitreamina, et vesticulam habuerit, an eadem omnia legato cederent: Scaevola respondit specialiter expressa, quae legato cederent.* Vides hic tot species enumeratas fuisse, quae totum fere genus absorbeant: itaque praesumi non potest aut eas ex abundanti adjectas fuisse, aut testatorem ignorasse, ea legato genere contineri, ut in prima regula, quam initio exposuimus. Nam qui legat villam, ita ut ipse possidet, legat villam instructam *l. praediis* 91. §. 1. *ff. de leg* 3.

Alterum exemplum proponit Scaevola in *l. Sejae* 20. *in princ. ff. de instruct.*

vel instr. leg. Atque hoc responsum fortasse est illud ipsum, cujus meminit Paulus in superiore lege. Verba Sceevolae sunt haec: *Sejae ex parte heredi institutae, si heres erit, fundos per praeceptionem dederat instructos cum suis villicis, et reliquis colonorum: et codicillis ita scripsit: postea mihi venit in mentem, Sejae fundos, quos reliqui, ita ut sunt instructi rustico instrumento, supellectili, pecore et villicis, cum reliquis colonorum, et apotheca habere volo. Quaesitum est, an etiam ea, quae patrisfamilias usus quotidiani causa in fundis fuerunt, legato continerentur? Respondi, etc. non amplius deberi quam in codicillis, quos sane post oblivionem testamentariae scripturae fecisset, instructi appellatione contineri se velle, manifeste ostendisset.* Etiam in hoc legato enumerantur fere omnes species, quas genus complectitur: ac propterea neque ex abundanti, neque per imperitiam praesumi possunt adjectae.

7 Hanc regulam plane perspicueque indicat Ulpianus in *l. quaesitum* 12. §. *si quis fundum* 46. *ff. de instr. vel instrum. Si quis fundum ita ut instructus est, legaverit, et adjecerit, cum supellectili, vel mancipiis, vel una aliqua re, quae nominatim expressa non erat: utrum minuit legatum adjiciendo speciem, an vero non, quaeritur: et Papinianus respondit, non videri minutum, sed potius ex abundanti adjectum.* Observo hic ab Ulpiano proponi, vel unam tantum speciem adjectam, veluti supellectilem, vel mancipia: vel unam aliquam rem: non autem has omnes species cumulatim adjectas fuisse, sed unam, aut alteram tantummodo: itemque non plures res expressas fuisse, sed unam aliquam rem, quae nominatim in genere expressa non erat. Atque id ideo, quia aliter responsurus fuerat, si plures species cumulatim fuissent expressae.

Id ipsum observari potest in Scaevolae 8 responso quod habemus in *l. Sejae* 20. *in princ. ff. eod.* cujus verba modo retulimus. Scaevola enim, antequam propositam quaestionem decidat, primum statuit, attendi debere legatum in codicillis relictum, non autem relictum in testamento. Et quia in codicillis testator quamplurimas species expresserat; idcirco respondit eum manifeste ostendisse, quid instructi appellatione contineri vellet. Quod si attendi deberet legatum factum in testamento, in quo legaverat fundos instructos cum suis villicis, et reliquis colonorum, deberentur fundi cum omni instrumento: quia adjectio illa specialis, et singularis genus non redigeret ad illas duas species, quae ex abundanti adjectae praesumerentur. Atque id clare indicant verba illa Scaevolae: *verum non amplius deberi, quam in codicillis*, etc. quibus verbis demonstrat, quod ex testamento aliquid amplius deberetur, videlicet fundus cum omni instrumento, ac propterea etiam ea, quae usus quotidiani causa in fundis fuerunt. Legatum igitur relictum in testamento, attenta complexione verborum, restrictius est, quam legatum relictum in codicillis: re ipsa laxius est, quia illud non restringit adjecta species villicorum, sicut hoc restringit tot specierum enumeratio. Atque ita interpretari posse existimo verba illa Scaevolae: *Sejae insuper fundum legatum*: nempe quod pinguius erat legatum relictum in testamento; quia insuper continebat etiam ea, quae patrisfam. usus quotidiani causa in fundis fuerunt. Quod si liceat verba legum emendare, non recederem ab emendatione Cujacii, et Fabri, qui legunt: *Sejae instructum fundum legatum.* Vere enim in testamento lagatus erat fundus instructus, quia adjectio illa: *cum suis villicis et reliquis colonorum* legatum non coercet, quominus maneat integrum et sine diminutione legatum fundi instructi. Hoc ipsum non minus aperte indicant alia Scaevolae verba: *Verum non amplius deberi, quam in codicillis, quos sane post oblivionem testamentariae scri-*

pturae fecisset. Quibus verbis arbitror Scaevolam voluisse significare, quod cum testator fecerit codicillos post oblivionem testamentariae scripturae, non potest a legato relicto in testamento deduci interpretatio legati relicti in codicillis; adeoque hujusmodi legatum est interpretandum secundum verba a testatore prolata, et naturam ipsius legati. Non erat oblitus testator, se fundum in testamento legasse, ut constat ex verbis codicillorum: sed quomodo, et quibus verbis legasset. Si non esset oblitus ejus scripturae, potuisset fortasse disputari, an legatum in codicillis relictum interpretandum esset secundum legatum in testamento relictum: sed cum ejus oblitus esset testator, necesse est, hoc secundum legatum interpretari secundum verba, quibus hoc legatum relinquit, et mentem legantis, quam verbis expressit. Et hanc fuisse Scaevolae mentem nullus dubito.

9 Antequam autem alio progrediar, monere consentaneum duco, inter hanc tertiam regulam, et secundam supra explicatam plurimum interesse. In illa enim non species subjectae generi exprimuntur, sed nominatim adjiciuntur res singulares, quae continentur in aliqua specie subjecta generi legato. Quamobrem non restringunt genus ita, ut totum genus ad res nominatim expressas reducatur: sed restringunt eam speciem, cujus sunt partes, eamque coarctant et redigunt ad res nominatas, reliquae autem species, quas genus complectitur, non minuuntur, sed manent integrae atque illaesae, et nulla ex parte diminutae. Contra in hac tertia non res singulares exprimuntur, sed species, quae in genere continentur: adeoque non una tantum species minuitur, et coercetur, sed totum genus, quod concluditur intra species expressas, nec eas praetergreditur, sed earum terminis circumscribitur, adeo ut nihil aliud legato contineatur, nihil aliud debeatur, quam species expressae.

Quarta regula. *Si duo fuerint inter* 10
se distincta, ac separatim relicta legata: veluti alterum in testamento, alterum in codicillis, et hoc sit restrictius, derogat primo, ipsumque minuit. Exemplum habemus in *l. Sejae in princ. ff. de instruct. vel instr.* quod hic repetere operae pretium non est, quia modo eam legem exposuimus, et quidem paulo uberius atque distinctius, quia difficiles habet explicatus, et a nostris misere vexatur.

Alterum exemplum proponitur in *l. Aurelius* 28. §. *testamento ita ff. de liber. leg. Testamento ita scripserat: Titio affini meo, quidquid mihi quacumque ex causa debet, remitti volo, eoque amplius decem do. Codicillis ita scripsit: hoc amplius affini, et debitori meo usuram pecuniae, quam mihi debet, ab herede meo, donec vivet, exigi veto. Quod si exigere contra voluntatem meam putaverit, ejus sortis usuram eidem Titio, ab heredibus meis donec vivet praestari volo. Respondit* Scaevola, *videri minutum legatum, quod primo dederat.*

Tertium est in *l. alimenta* 16. §. *Basilicae ff. de alim. et cibar. leg. Basilicae legata erant decem, ut, cum annorum vigintiquinque esset, ei restituerentur cum usuris, ex quibus uteretur. Alio capite libertis, libertabusque cibaria, et vestiaria, et habitatio legata erant. Quaesitum fuit, an haec quoque Basilicae deberentur: responsum est, non deberi*; legatum relictum libertis libertabusque generale est, et comprehendit natura sua etiam personam Basilicae: sed legatum in specie relictum Basilicae, genus restringit ad alios libertos libertasque, et de eorum genere Basilica eximitur. Sed has duas leges luculenter exposuimus in superiore, ac propterea plura de his dicere supersedemus. Illud tamen admonendum est, quod legatum specialiter Basilicae relictum eximit quidem illam e numero libertorum, quibus generaliter relicta sunt alimenta,

eamque privat hoc generali legato: non tamen minuit hoc legatum, neque quicquam detrahit aliis libertis: quod semper evenit, cum agitur non de genere rerum legatarum, sed de genere personarum: persona enim, cui nominatim, et in specie legatum est, nihil detrahit illis, quibus legatum est in genere. Quod statutum est etiam in *l. verba* 5. *ff. de alim. vel cibar. leg.* ubi testator omnibus libertis suis cibaria legavit; et alio loco ita scripsit: *Prothymum, Polychronium, Hypatium commendo, ut et vobiscum sint, et cibaria praestetis, peto.* Non his solis, quos nominavit testator, et legato expresse honoravit, cibaria debentur, sed etiam omnibus aliis. Plura non addo. Nam in superiore hanc quoque legem copiose examinavimus, et accurate.

11 Quinta regula. *Species restringit genus, quoties utrumque conjunctim exprimitur in eadem oratione, ita ut alterum referatur.* Dixi fortasse obscurius, sed dicam planius, et id exemplis clarissimis illustrabo. Primum, et quidem singulare exemplum peto ex *l. ult. in fin. ff. de trit. vin. et ol. leg. Quod si ita legatum esset; vinum amphorarium, Aminaeum, Graecum, et dulcia omnia: nihil inter dulcia, nisi quod potionis fuisset, legatum putat Labeo, collatione vini amphorarii: quod non improbo.* Genus illud *dulcia omnia* continet tam poculenta, ut passum, defrutum, atque alia ejusmodi, quam esculenta, ut mel, ficus, caricas, et id genus caetera, quae recensentur in eadem *l. in* §. *antecedenti.* Verum quia dulcia simul cum vinis legata sunt, et dulcia conferuntur cum vino, solum continentur in hoc legato dulcia poculenta, hoc est, mulsum, passum, defrutum, et similes potiones. Itaque si solummodo legata essent dulcia, continerentur tam potiones, quas modo diximus, quam uva, ficus, palmae caricae §. *cui dulcia ejusd. legis.* Adjectio igitur illa vini restringit legatum dulcium ad solas potiones, propter collationem dulcium cum vinis simul et conjunctim legatis. Et quod maxime animadvertendum est, illud restringit, etiamsi fuerit adjectum verbum universale: *omnia.*

Simile exemplum proponit Paulus in *l. quaesitum* 78. §. 1. *ff. de leg.* 3. *Argentum omne, et supellectilem, quodcumque habeo, tibi dono, et quidquid in fundo Semproniano habeo. Quaesitum est, an debeatur etiam argentum, et supellex, quae alibi esset: et responsum est, non deberi, nisi legatarius probaverit, id placuisse testatori.* Hic quoque restringitur legatum ad argentum, et supellectilem, quam testator habet in fundo Semproniano, licet per verba universalia: *omne, et quodcumque habeo,* relicta essent. Nimirum mentio fundi Semproniani complectitur etiam argentum, et supellectilem, cum ea nobis indicet, testatorem cogitasse de his, quae erant in fundo Semproniano, eaque donare voluisse.

Aliud exemplum non absimile nobis exhibet idem Paulus in *l. nam quod liquidae* 4. §. *ult. ff. de pen. legat. Si ita legatum sit: omnem penum, praeter vinum quod Romae erit; sola penus, quae Romae est, legata videtur: et ita et Pomponius libro sexto ad Sabinum scribit*; Verba illa, *quod Romae erit*: licet referantur ad vinum, tamen afficiunt totum legatum, et indicant, testatorem etiam de penu, quae Romae erit, cogitasse.

Hanc impeditissimam obscurissimamque quaestionem per regulas, et exempla placuit explicare, ut me ad usum forensem, et Pragmaticorum intelligentiam accomodarem, qui plane dilucideque expediri, et membratim, et incise tractari controversias expetunt, fusam, tractamque, et excultam orationem aversantur.

CAPUT XXV.

Ad L. Si servitus 23. ff. de Servit. urban. praed.

SUMMARIUM.

I. Affirmativae opinionis fundamenta afferuntur ad n. X.
XI. Negativa sententia probatur ad n. XX.
XXI. Ea cum distinctione accipienda.
XXII. Si disponens verbis utatur praesens tempus designantibus, futura non comprehenduntur.
XXIII. Si absolute disponatur, nec ullum tempus demonstretur, futura non comprehenduntur.
XXIV. Accessiones vero, quae postea obvenerunt, comprehenduntur.
XXV. Successores tales esse debent, quales testator voluit, tempore delatae successionis.
XXVI. Si verba usurpata futurum tempus demonstrent, dispositio ad futura extenditur.
XXVII. Explicatur textus noster.
XXVIII. Expenditur l. si scripsisset 46. ff. de leg. 2.
XXIX. Si verba usurpata significent utrumque tempus, tam futura, quam praesentia continebuntur.
XXX. Nam semper obtinet regula, quod in testamentis tempus futurum non protenditur ultra mortem testatoris.
XXXI. Vis verborum aliquando protendit dispositionem ad tempus futurum.
XXXII. Res suas obligans, inducit hypothecam generalem tam in praesentibus, quam in futuris.
XXXIII. Exponitur l. si mancipia 19. ff. de fund. instr. vel instr. leg.

1 Consequens, ut examinemus, an generali sermone non solum praesentia, sed etiam futura comprehendantur. Et futura quoque comprehendi, suadere videtur Pomponii auctoritas in *l. si servitus* 23. *ff. de servit. urban. praed. Quod si ita sit cautum, ne luminibus officiatur, ambigue est scriptum: utrum ne his luminibus efficiatur, quae nunc sunt, an etiam his, quae postea quoque fuerint. Et humanius est, verbo generali omne lumen significari, sive in praesenti, sive quod post tempus conventionis contigerit.* Nihil clarius dici potest.

2 Secundo videtur id confirmari in *l.* 4. *et* 5. *ff de liber. et post.* Cum maritus posthumum heredem scribit, non utique solus posthumus scriptus videtur, qui ex ea, quam habet uxorem, ei natus est, vel is, qui tunc in utero est, verum is quoque, qui ex quacunque uxore nascatur. Ideoque qui posthumum heredem instituit, si post testamentum factum, mutavit matrimonium, is institutus videtur, qui ex posteriore matrimonio natus est.

Tertio id apertissime sanxit Justinianus in *l. ult. C. quae res pign. oblig.* Initio legis statuit, ut si quis fide, et periculo rerum ad se pertinentium satisfieri creditori suo promiserit: sufficere ea verba tam ad rerum earum, quas in praesenti debitor habet, quam futurarum hypothecam. Et in fine subdit: *si res suas supponere debitor dixerit, non adjecto, tam praesentes, quam futuras, jus tamen generalis hypothecae etiam ad futuras res producatur.* 3

Quarto idem Paulus respondit in legato in *l. si mancipia* 19. *in princ. ff. de instruct. vel instrum. legato:* ubi si testator legaverit fundum cum mancipiis, quae tunc ibi essent, cum legaret: tamen debentur etiam mancipia, quae postea a testatore inducta fundi colendi gratia, in eodem fundo fuerint: quia non minuendi, sed augendi legati causa mancipiorum quoque fecit mentionem. Qua in lege illud maxime dignum est animadversione, quod futura mancipia, hoc est, quae postea inducta fuerint, legato comprehenduntur, etiamsi testator non solum verbo praesentis temporis usus fuerit: sed etiam expresserit, ea mancipia se legare, quae tunc ibi essent, cum legaret. 4

Quinto accedit auctoritas Ulpiani in *l. si cognatis* 19. *in princ. ff. de reb. dub.* ubi de legato relicto cognatis scribit, *Certe si quis testamenti facti tempore cognatus non fuerit, mortis tempore factus est per adrogationem; facilius legatum consequetur.* 5

Sexto Papinianus in *l. cum pater* 77. §. *fidei tuae* 12. *ff. de leg.* 2. *Fidei tuae committo, uxor, ut restituas filiae meae, cum morieris, quidquid ad te de bonis meis pervenerit; etiam ea, quae postea codicillis uxori dedit, fideicommisso continebuntur. Nam ordo scri-* 6

plurae non impedit causam juris, *ac voluntatis.*

7 Septimo in *l. si scripsisset* 46. *ff. de leg.* 2. *Si scripsisset*, *qui legabat: quicquid mihi Lucium Titium dare*, *facere oportet*, *Sempronio lego*: *nec adjecit*, *praesens in diemve*, *non dubitarem*, *quantum ad verborum significationem attineret*, *quin ea pecunia comprehensa non esset*, *cujus dies moriente eo*, *qui testamentum fecisset*, *nondum venisset.* Ergo etiam id, quod post testamentum conditum debere coepit Lucius Titius, dummodo ante mortem testatoris debere coeperit existente die, continebitur legato.

8 Octavo Marcianus in *l. si ita fuerit* 9. *ff. de leg.* 3. ait, quod verba illa: *ad quemcumque ex testamento meo vel ab intestato:* item illa: *ad quemcumque quoquo jure bona mea perveniant*; comprehendunt etiam eum, qui postea natus erit, et in familiam venerit, et qui postea cognatus esse coeperit; et quae postea nupta erit.

9 Nono Scaevola in *l. nomen* 34. *in princ. ff. de leg.* 3. proponit a testatore legatos decem aureos, quos heredes Gaji ipsi debebant: et respondet non solum decem aureos legato contineri, sed omne debitum, hoc est, etiam usuras, quae debito accesserunt. Idem respondit in *l. ult.* §. *Gajo Sejo ff. de liber. leg.* Ubi si testator legaverit Sejo, quicquid sibi ab eo debetur, videtur Sejo omnis obligatio ejus debiti legata, etiam si quid postea usurarum nomine accesserit. Non absimile est, quod tradit Ulpianus in *l. denique* 8. §. *ult. ff. de pecul. leg* Ubi legato peculio, etiam incrementa ex rebus peculiaribus, ut partus ancillarum, foetus pecorum legato continentur.

10 Postremo idem Scaevola in *l. pen. in princ. ff. de leg.* 3. Ubi proponit a testatore legata fuisse lateralia viatoria, et quicquid in his conditum esset, quae membranulis sua manu scriptis continebuntur, quae non fuerint exacta, cum morietur. Testator in urbem profecturus chirographa debitorum, et pecuniam in lateralibus condidit: sed pecuniam postea erogavit, et chirographa exegit, et reversus in patriam post biennium alia 11 Chirographa, et pecuniam in lateralibus condidit. Quaesitum est, an ea uxori deberentur. Respondit non deberi, nisi quae tempore mortis in his lateralibus essent, et membranis manu ejus scriptis continerentur. Sed quia in Pandectis Florentinis, aliisque Codicibus manuscriptis legitur: *non deberi quae mortis tempore in his lateralibus essent*: idcirco non potest in hac lege firmum statui fundamentum.

Contraria sententia veritati propius 12 accedit: et primo probatur ex *l. cum stipulamur* 125. *ff. de V. O. Cum stipulamur quicquid te dare facere oportet*, *nihil aliud in stipulationem deducitur*, *quam quod praesenti die debetur: hoc enim solum haec stipulatio demonstrat.* Et in *l. si a colono* 89. *ff. eodem.* Ubi similis stipulatio proponitur idemque deciditur, addita ratione his verbis: *non amplius in stipulationem deducitur*, *quam quod jam dari oportet*: si autem adjiciatur, *oportebitve*, etiam futura obligatio deducitur.

Secundo probatur ex *l. medico ult. in princ. ff. de aur. et arg. leg.* Ibi Scaevola: *Medico suo contubernali*, *et communium expeditionum comiti inter coetera ita legaverat: argentum viatorium meum dari volo: Quaesitum est*, *cum paterfam. in diversis temporibus reip. causa abfuerat*, *quod viatorium argentum hoc legato comprehensum esse videtur? Respondit*, *quod habuisset argentum viatorium eo tempore*, *cum testamentum faciebat*, *deberi.*

Tertio ex *l.* 2. *ff. eod.* Ibi Africanus: 13 *Qui tibi mandaverat*, *ut ornamenta in usum uxoris suae emeres eidem uxori* (*uti adsolet*) *legavit; quae ejus causa parata erunt. Tu deinde post mortem mandatoris*, *ignorans eum decessisse*, *emisti. Non debebuntur mulie-*

ri, quoniam ea verba ad mortis tempus referuntur. Ideo autem ad mortis tempus referuntur ea verba, quia in futurum concepta erant: *quae ejus causa parata erunt.* Caeterum si in futurum concepta non fuissent, tempus conditi testamenti spectandum esset, ut in superiori lege, et in *l. si ita esset* 7. *ff. de aur. et arg. leg.* ubi si quis legaverit, vestem meam, argentum meum, servos meos: legata videntur ea, quae habuit testamenti tempore: quia praesens tempus semper intelligeretur, si aliud comprehensum non esset.

14 Quarto ex *l. testatorem* 68. §. *praediis ult. ff. de leg.* 3. *Praediis cum his enthecis, quae in ea possessione sunt, relictis, mancipia quoque praediorum, cum illic testamenti facti tempore fuerunt, cedent: sed et quae postea accesserunt, si modo hoc testator manifeste expressit.* Ex hac, et superiori lege constat, futura non contineri, nisi hoc testator expresserit.

15 Quinto elegans exemplum proponitur a Scaevola in *l. uxorem* 41. §. *testamento ff. de leg.* 3. *Testamento pueros ita legaverat: Publio Maevio dominulo meo ab heredibus meis dari volo pueros quinque ex meis dumtaxat intra annos septem: Post annos complures, moritur: cujus aetatis Maevio mancipia debeantur: utrumne quae testamenti facti tempore intra septem annos fuerunt: an quae mortis tempore intra eam aetatem inveniantur? Respondit, eam videri aetatem designatam, quae esset, cum a testatore relinquerentur.*

16 Sexto simile fere exemplum in venditione proponit Proculus in *l. Rutilia Polla* 69. *ff. de contr. empt. Rutilia Polla emit lacum Sabatenem angularium, et circa eum lacum pedes decem. Quaero, numquid et decem pedes, qui tunc accesserunt, sub aqua sint, quia lacus crevit, an proximi pedes decem ab aqua Rutiliae Pollae juris sint: Proculus respondit: Ego existimo eatenus lacum, quem emit Rutilia Polla, venisse, quatenus tunc fuit, et circa eum decem pedes, qui tunc fuerunt: nec ob eam rem, quod laeus postea crevit, latius cum possidere debet: quam emit.* Singularis est haec Proculi decisio, eaque mihi praesto fuit, cum in gravissima causa consuleret.

Septimo idem traditum est a Scaevola in *l. nomen* 34. §. 1. *ff. de leg.* 3. 17
Testator filio per praeceptionem legavit nomina ex calendario viginti, quae ipse elegerit. Eidem filio pater omnium rerum suarum administrationem permisit, qui post factum testamentum amplarum pecuniarum debitores fecit, ut tota fere substantia calendarii viginti nominibus contineretur. Quaesitum fuit, an huic filio eorum nominum, quae ipse fecit, praeceptio permittenda sit. Respondit Scaevola, ex his electionem habere, quae testamenti tempore testator in calendario habuit. Sed, ut verum fatear, non satis probat haec lex, quia legatarii dolus intervenerat, qui in calendarium retulerat amplissimas summas contra consuetudinem patris, ad hoc, ut prope omnis substantia calendari viginti nominibus absorberetur, et hoc praecipue considerandum in proposito legato, quia in eo testator adjecerat illa verba: *sine dolo malo.*

Octavo id probari potest ejusdem Scae- 18
volae auctoritate in *l. ult.* §. *ult. ff. de liberat. leg.* Testator Sejo legavit, quicquid aut chirographis, aut rationibus debitor esset, vel quicquid a se mutuum accepit, vel fidem suam pro eo obligavit. Postea novatione facta, et ampliata summa, quaesitum fuit, an hac summa ampliata liberandus sit ab heredibus, an tantum eo, quod ex vetere contractu debebat? respondit Scaevola, id dumtaxat legatum videri, quod tunc debuisset, si tamen mansit in ea voluntate testator, in qua tunc fuisset. Mens igitur testatoris legantis ea est, ut leget id, quod est de praesenti, nisi voluntatem postea mutet, idque declaret verbis, aut facto manifesto. Novationem enim factam de

debito, quod in testamento remiserat testator, non judicat Seaevola sufficiens argumentum mutatae voluntatis, quod animadvertere debent judices, qui saepe numero levibus conjecturis huc illuc impelluntur; nec solum novatum erat debitum, sed etiam erat ampliata summa.

19 Nono huic opinioni consentaneum est, quod traditum est a Juliano in *l. in substitutione* 31. *ff. de vulg.* in qua testator filio ita substituerat. *Quisquis mihi ex supra scriptis heres erit, idem filio heres esto.* Quidam heres fuit a morte testatoris, postea per querelam inofficiosi heres esse desiit, antequam locus fieret substitutioni, hoc est, adhuc vivo pupillo, cui erat substitutus. Respondit Julianus: *Futurum tamen eum heredem ex substitutione creditum est.* Quod si testator ita substitueret*: Si Lucius filius meus impubes decesserit, neque mihi Cajus filius heres erit, tunc Sejus heres est*: idem respondit; *ita prudentes hoc interpretati sunt, ut ad impuberis mortem conditio substitutionis esset referenda.* Ex his colligitur; quod verba illa generalia: *quisquis mihi heres erit*: licet in futurum concepta, tamen de praesenti sunt intelligenda, et ad tempus mortis testatoris sunt referenda: nisi substitutio sit particularis, ed adjecta particula *tum*, aut *tunc*, quae extremitatem temporis designat *l.* 3. *in fin. ff. de cond. et dem.*

20 Ultimo afferri potest Scaevolae responsum in *l. pen. in princ. ff. de legat.* 3. quod et pro contraria sententia attulimus secundum eos, qui legunt: *nisi quae mortis tempore in his lateralibus essent.* Sed quia in Pandectis Florentinis et aliis manuscriptis, ut ibi indicavimus, legitur: *non deberi, quae mortis tempore in his lateralibus essent:* juxta hanc lectionem optime videtur probare, legato illo generali futura non comprehendi. Sed dubitari merito potest de hac lectione. Primo, quia testator futurum tempus demonstravit, et tempus mortis in mente habuit: ibi: *quicquid in his conditum erit, quae membranulis mea manu scriptis continebuntur, nec ea sint exacta, cum moriar*, etc. Praeterea quia quaestio proponitur, an ea etiam legata videantur, quae condita erant tempore testamenti, an vero ea tantum, quae tempore mortis: haec enim contineri pro certo supponebatur, de illis dubitabatur. Denique non videtur dubitari, quod emptiones praediorum, hoc est, earum instrumenta contineantur: sed solum in quaestionem vocatur, an debeantur etiam ipsa praedia empta. Et ad hanc quaestionem respondet Scaevola, quod non apparet, quid de praedis senserit testator; quod si ea mente emptiones ibi habuit, ut praedia quoque praestari vellet, ea quoque deberi. Si non dubitatur de instrumentis; si praedia quoque debentur conditis emptionibus eo animo, ut ad se trahant proprietatem praediorum, de quibus testator nihil nominatim disposuerat: multo magis debebuntur chirographa et pecunia, quae a testatore fuerunt expresse legata.

Verumtamen, ut dicam, quod sentio, neutra sententia hoc responso probatur. Non prima, etiamsi legas *nisi quae etc.* quia futura legato comprehenduntur ex vi verborum futurum tempus significantium, non autem ex vi generalis legati. Non secunda, quis etiam admissa Pandectarum Florentinarum lectione, non quaeritur in ea lege, an contineantur legato ea, quae condita erant tempore facti testamenti. Imo Scaevola declarat chirographa, et pecuniam post factum testamentum in lateralibus a testatore condita fuisse, cum in urbem esset profecturus. Ac ne de his quidem quaestio esse poterat, quia chirographa exegerat, et pecuniam erogaverat: legata autem erant solum ea, quae non fuissent exacta, cum moreretur. Itaque illud tantummodo in quaestione versabatur, utrum legato comprehenderentur ea, quae primo in lateralibus condita fuerant, an quae secundo, et tempore mortis in lateralibus inventa fuerunt. Et de pri-

mis non respondit Scaevola. Pro certo enim habet, ea non deberi, sed solum de secundis.

21 Nihilominus tamen eo inclinat mea sententia, futura generali sermone non contineri. Quae tamen cum distinctione est accipienda. Aut enim per verba praesentis temporis quis disposuit: aut simpliciter et absolute: aut adhibuit verba futurum tempus significantia: aut utrisque tum praesens, tum futurum tempus designantibus usus est.

22 Si verbis praesentis temporis usus est, procul dubio futura non comprehenduntur, ut optime monet Scaevola in *l. scribit* 34. §. *item scribit*, *ff. de aur. et arg. leg.* Si maritus uxori, cum haberet quinque pondo auri, legasset ita: *aurum, quodcumque uxori causa paratum esset, uti heres uxori daret*: etiamsi libra auri inde venisset, et mortis tempore amplius quam quatuor librae non deprehenderentur; in totas quinque libras heredem esse obligatum, quoniam articulus *est* praesentis temporis demonstrationem in se continet. Id autem multo certius dicendum est, si verba praeteriti temporis testator usurpaverit, ut monet Scaevola in *l. Aurelius* 28. §. *Titius* 2. *ff. de liberat. leg.* Ibi: *respondit, cum in praeteritum tempus verba collata proponerentur, non esse posterius credendum legatum.* Idque etiam notatur in *l. creditor* 31. *in princ.* versic. *idem repetiit ff. eod.* itemque traditur ab eodem Scaevola in *l. uxori* 33. §. 1. *ff. de leg.* 3. Quantum autem attinet ad verba praesentis temporis, supra proposita sunt exempla in *l. cum stipulamur* 125. *ff. de V. O.* in *l. testatorem* 67. §. *praediis ff. de leg.* 3. in *l. ult.* §. *ult. ff de liberat. leg.*

23 Quod si simpliciter et absolute quis disposuerit neque praesens, neque futurum tempus demonstrans, tunc pariter praesentia, non autem futura dispositione comprehenduntur. Exempla attulimus supra, cum hanc sententiam argumentis confirmavimus, deprompta ex *l. medico ult. in princ. ff. de auro et arg. leg.* in *l. si ita esset* 7. *ff. eodem*, in *l. uxorem* 41. §. *testamento ff. de leg.* 3. in *l. Rutilia Polla* 69. *ff. de contr. empt.* in *l. ult.* §. *ult. ff. de liber. leg.* in *l. in substitutione ff. de vulg.* quae hic repetere operae pretium non est.

Illud tamen animadvertendum est, 24 quod licet futura non contineantur, tamen debentur accessiones, quae postea obvenerunt, ut usurae, si legatum sit quicquid debetur *l. ult.* §. *Cajo Sejo ff. de liberat. leg.* Sic etiam legato peculio, debentur incrementa, quae ex rebus peculiaribus obvenerunt, ut partus ancillarum, et foetus pecorum, *l. denique* 8. §. *ult. ff. de pecul. leg.* Imo etsi legatum sit particulare, ut si legetur nomen debitoris, non sola sors, sed etiam usurae, quae postea accesserunt, legato continentur, quia tota obligatio legata videtur, *l. nomen* 34. *in princ. ff. de legat.* 3. Hinc manifestum est, usuras, et reliqua accessoria legato contineri non propter generalem sermonem, sed propter propriam naturam accessionis, quae causam principalem sequitur, *l. cum principalis* 178. *ff. de R. J.*

Hujus regulae alia quoque est exce- 25 ptio in personis, quae succedere debent. Cum enim successio non deferatur statim condito testamento, sed post mortem testatoris, sufficit eum, qui succedere debet, ejusmodi esse, cujusmodi eum voluit esse testator, quando ei deferetur successio: hoc enim tempus videtur spectasse, et in mente habuisse testator, et ad hoc tempus retulisse suam dispositionem. Qua posita exceptione plura argumenta contraria penitus enervantur: videlicet secundum, quintum, et octavum. Nam in secundo deprompto ex *l.* 4. *et* 5. *ff. de liber. et post.* agitur de posthumo herede instituto: sufficit autem, eum quandocumque nasci, et ex quacumque uxore, ut ad eum successio deferatur ex institutione. In quinto deducto ex *l. si cognatis* 19. *in princ. ff. de reb. dub.* agitur de legato relicto

cognatis, quod debetur non solum cognatis, qui cognati erant tempore facti testamenti, etiamsi cognati esse desierint; sed etiam iis, qui postea facti sunt cognati, et tales sunt tempore mortis. Neque enim testator solummodo respicit tempus mortis, sed etiam facti testamenti, quod et in posthumis dicendum, si posthumus jam natus fuerit ignorante testatore. Totum igitur tempus spectandum est, sed hac de re alias dicemus uberius. Simile est id, quod proponitur in octavo argumento decerpto ex *l. si ita legaverit* 9. *ff. de leg.* 3. Hic autem agitur da herede, a quo relictum est fideicommissum: cum in superiore agatur de eo, cui relictum est: sed eadem utrobique ratio.

26 Si autem is, qui disposuit, usus sit verbis, futurum tempus demonstrantibus, utique et ad futura extendetur dispositio. Quo pertinent exempla ad probandam primam opinionem adducta, ut in *l. cum pater* § *fidei tuae ff. de leg.* 2. Nam ibi adjecta erant verba: *cum morieris, et quicquid ad te quoquo nomine de bonis meis pervenerit*: quae non praesens, sed futurum tempus demonstrant.

27 Huc etiam referri potest *l. si servitus* 23. *ff. de servitut. urb. praed.* quam primo loco attulimus pro contraria sententia. Nam verba illa: *luminibus ne officiatur*: tractum temporis continent, et quidem infinitum. Quamobrem si nova lumina aperuerit, eaque vicinus obscuraverit, semper verum est, eum offecisse luminibus, adeoque contra conventionem fecisse. Verumtamen quia potest respondere: non offeci luminibus, quae tunc erant, cum inita fuit stipulatio; idcirco ait Pomponius, ambiguam esse scripturam. Quia tamen duae solent esse formulae cavendi, ne luminibus officiatur; altera, quae initio legis proponitur; *lumina quae nunc, sunt, ut ita sint*: quae praesentia tantum lumina continet; cum hac priori formula particulari non sint usi contrahentes, sed alteram generalem elegerint: existimavit Pomponius, eos voluisse non solum de praesentibus, sed etiam de futuris luminibus cavere. Non absimile exemplum habemus in eo, qui stipulatur, quicquid te dare facere oportet. Hic etiam duae sunt formulae, altera, quae ad praesens refertur: altera, quae ad futurum. Si dixerit stipulator, *quicquid te dare facere oportet:* solum praesens debitum comprehendit, adeo ut nec debitum quidem in diem comprehendatur, *l. si a colono* 89. *et l. cum stipulamur* 125. *ff. de V. O. l. si scripsisset* 46. *ff. de leg.* 2. licet id, quod in diem debetur, vere etiam nunc debeatur, quia ex stipulatione in diem statim nascitur obligatio §. *omnis inst. tit. de V. O. l. cedere diem* 213. *ff. de V. S.* Verumtamen cum non debeat cum effectu, quia ante diem nihil peti potest dicitur eum debiturum, in *l.* 1. §. 1. *ff. de cond. et dem.* adeoque qui vult comprehendere etiam debitum futurum, uti debet alia formula, quae in hac re prodita est a veteribus: *oportet oportebitve*: vel *praesens in diemve, l. si stipulatus fuerim* 76. §. 1. *ff. de V. O.* et si hac formula non utatur, sed altera, *oportet*, praesumitur eum noluisse futura comprehendere; neque enim vere dici potest, eum dare oportere, qui adstringi non potest ad solvendum. Sed ut ad propositum revertamur, sic concludo: Qui rejecta formula illa: *lumina uti nunc sunt, ita sint*, quae praesentia lumina designat, alteram generalem eligit, *luminibus ne officiatur*, quae potest etiam futura comprehendere, id fecisse creditur, ut etiam de futuris luminibus sibi caveret. Observandum tamen est, quod haec interpretatio humanitatis causa recepta est, ibi: *Humanius est verbo generali omne lumen significari.* Non ex eo respondit Pomponius cautum fuisse etiam de futuris luminibus, quod regula constitueret, in dispositione generali etiam futura comprehendi: sed id humanitate suggerente, cum verba non re-

pugnarent, humanitatem et aequitatem, non regulam juris sequutus est Pomponius. Atque hoc Ulpiano familiare erat. Ipse enim in *l.* 4. §. 1. *ff. de in jus voc.* explicans edictum Praetoris, quo quis parentem sine ejus jussu in jus vocare prohibetur, quaerit, an id de omnibus parentibus etiam ultra tritavum sit intelligendum? et refert sententiam veterum, qui existimabant, superiores ultra tritavum dici majores, non parentes. Ulpianus tamen sequitur Cassii sententiam, quod parentes in infinitum dicantur: quia ut ipse ait, *honestius est, et merito obtinuit.* Idem in *l. vel quod* 6. *vers. exheredatis ff. de relig. et sumpt. fun.* interpretans pariter edictum praetoris de mortuo inferendo, ait: *Exheredatis autem humanitatis gratia tantum sepeliri, non etiam alios praeter suam posteritatem inferre licet.* Idem in *l.* 1. §. *qui operas ff. ad S. C. Tertyll. Qui operas suas, ut cum bestiis pugnaret, locavit: quive rei capitalis damnatus, neque restitutus est, S. C. Orphitiano ad matris hereditatem non admittebatur, sed humana interpretatione placuit eum admitti.* Idem in *l. non tantum ff. de appell. Credo enim humanitatis ratione omnem provocantem audiri debere.* Quod igitur humana interpretatione admittitur, regulis juris non est omnino consentaneum, *l. si fundus* 16. §. *si plures ff. de pignor.*

28 Antequam alio progrediamur, respondendum est septimo argumento, desumpto ex *l. si scripsisset* 46. *ff. de leg.* 2. Quod in diem debetur, jam debitum est, et ideo vere praesens est debitum, licet sit sine effectu, quia actio, quae ex eo nascitur, nondum habet vim exactionis, ut modo dicebamus. Itaque in stipulationibus, quae momento perficiuntur, futura non continentur in illa formula: *quicquid te dare, facere oportet.* Nam verbum illud *oportet* necessitatem continet. Quamvis enim Quinctilianus *inst. orat. lib.* 11. *cap.* 1. contra sentiat: *non oporteret modo fieri, sed etiam necesse esset:* tamen cum verbum *oportere* ad obligationem referatur, eamdem necessitatem continet, quam ipsa obligatio, quae ad solvendum necessitate adstringit, *princ. tit. instit. de obligat. l.* 3. *in princ. ff. de oblig.* Quamobrem cum alia similis formula in usu esset: *oportet, oportebitve*, aut: *praesens in diemve l. si ita stipulatus fuerim* 76. *in fin. l. si a colono* 89. *l. cum stipulamur* 125. *de V. O.* eaque non fuerit usus, sed altera uti maluerit, quae praesens tempus demonstrat, creditur, eum noluisse comprehendere futurum debitum, ne illud quidem, quod in praesens nullam necessitatem solvendi continet, licet nata sit obligatio. At vero in iis actibus, qui momento non perficiuntur, ut sunt judicia, stipulationes praetoriae, et quae sunt instar actionis, verbum *oportet* etiam futura complectitur, quae a praesentibus originem et causam habent. *l. si stipulatus* 76. §. 1. *ff. de V. O. l.* 1. §. *bellissime ff. ut legat. nom. cav.* Et ideo satisdatio legatorum etiam de praesenti legato locum habet, quia nonnullas moras exercitio judicii habet, *l. etiam ff. eodem.* Ea quoque, quae in testamento relinquuntur, tractum temporis habent usque ad mortem testatoris, quo tempore incipiunt vim habere, et necessitatem solvendi continere; neque eo memento perficiuntur; quo testator testamentum condit, sicut perficitur stipulatio eo momento, quo celebratur. Quapropter et in legato non solum spectamus momentum conditi testamenti, sed etiam diem mortis, cum dies legati cedit, et incipit deberi legatum, *l. si scripsisset* 46. *ff. de leg.* 2. Differt judicium a stipulatione, *l. si stipulatus fuerim* 79. §. 1. *ff. de V. O.* Differt etiam legatum a stipulatione, et in hoc convenit cum judicio. Ut enim judicium incipit a litis contestatione, *l.* 1. *C. de lit. cont.* et judicio contrahitur obligatio, *l.* 3. §. *idem scribit ff. de pecul.* fit enim per judicium novatio necessaria *l. aliam* 29. *ff. de novat.* ita et legatum incipit de-

beri a die mortis. Quemadmodum enim si quis petierit, quicquid Lucium Titium dare oportet, in judicium veniet etiam debitum in diem, si dies extiterit ante litem contestatam: ita et in simili legato continentur debitum in diem, si dies extiterit ante mortem testatoris.

29 Postremo si is, qui disposuit, usus fuerit verbis utrumque tempus significantibus, tam praesens, quam futurum, certe tam praesentia, quam futura continebuntur. Ut, puta, si quis stipuletur *quicquid te facere oportet, oportebitve*: vel *in praesens, in diemve l. si stipulatus fuerim* 76. *l. si a colono* 89. *l. cum stipulamur* 125. *ff. de V. O.* Itaque Gallus Aquilius formulam Aquilianae stipulationis ita exposuit: *quidquid te mihi ex quacumque causa dare facere oportet, oportebitve, praesens, in diemve, quarumque rerum mihi tecum actio, quaeque adversus te petitio, vel adversus te persecutio est, eritve, etc.* Aut si quis legaverit: *quidquid mihi Lucium Titium dare facere oportet praesens in diemve l. si scripsisset* 46. *ff. de leg.* 2. In testamentis tamen futurum tempus non protenditur ultra mortem testatoris. *l.* 2. *et l.* 5. *ff. de aur. et arg. leg.* Comprehendit tamen etiam praesentia: hoc est, ea quae erant tempore conditi testamenti, ut in *l. in substitutione* 31. *ff. de vulg. et pupill.* quia futurum aliquando comprehendit etiam praeteritum: itaque licet proprie referatur ad tempus mortis, tamen et praeteritum complectitur, nempe totum tempus a die mortis retro usque ad tempus conditi testamenti *l. verbum erit* 123. *ff. de V. S. l. si uxori* 39. §. *ult. ff. de aur. et arg. leg.*

30 Quod autem diximus in testamentis futurum tempus non protendi ultra mortem testatoris, eam habet exceptionem, si tempore conditi testamenti nondum causam, et originem nactus erit. Etenim si quis legaverit, quicquid Sejus dare facere oportet, *praesens in diemve* debebitur, et legato continebitur, etiam debitum in diem, quamvis dies extiterit post mortem testatoris: quia jam tempore testamenti nata erat obligatio, itaque habet causam et originem a die testamenti *l. si scripsisset* 46. *in fin. ff. de leg.* 2. Sic, grege legato, et quae postea accedunt, legato continentur *l. grege legato* 21. *ff. de leg.* 1. quia grex erat in rerum natura etiam tempore conditi testamenti. Quemadmodum si servus legatus aliquid post mortem testatoris acquisiverit, legato continebitur, *l. si tibi homo* 86. §. *cum servus ff. de leg.* 1. Sed de his alias.

Nunc monendum est, quod aliquando, etiamsi testator non fuerit usus verbo futuri temporis, tamen vis ipsa verborum ad futurum tempus protenditur, ut in *l. filiam* 16. *ff. de aur. et arg. leg.* Imo aliquando et tempus antecedens, ut in *l. Publius* 36. *in princ. ff. de cond. et dem.* 31

Superest, ut ad alia duo argumenta contrariae sententiae respondeamus, nempe ad tertium et quartum. In tertio id habetur. Qui res suas pignori supponit, etiamsi non declaret, se tam praesentes quam futuras obligare, jus tamen generalis hypothecae etiam ad futuras producitur, *l. ult. C. quae res pignor.* 32

Respondetur, id propter communem usum ac morem fuisse a Justiniano recte constitutum. Solebant enim in generali hypotheca debitores expresse obligare res, quas habebant, et quas postea forent acquisituri, *l. et quae nondum* 15. §. 1. *ff. de pignor. l ult. C. de remission. pignor.* Ibi: *propter verbum futurarum rerum, quod in generalibus hypothecis poni solitum est.* Quae autem sunt moris et consuetudinis, etiamsi cauta non fuerint, tamen pro cautis habentur, *l. quod si nolit* §. *quia assidua ff. de aedil. edict. l. ult. C. de fidejussor. in princ.* ibi: *invenimus enim et in fidejussorum cautionibus plerumque ex pacto hujusmodi causae esse prospectum,* et in fine. Ibi: *Si enim pactis conventis hoc fieri conceditur, et in usu quo-*

tidiano semper hoc versari aspicimus, *quare non ipsa legum auctoritate hoc permittatur*. Haec eadem ratio adduxit Justinianum ad statuendum, generalem hypothecam etiam ad bona futura produci. Utraque enim lex est ejusdem Justiniani.

Ad quartum depromptum ex *l. si mancipia* 19. *in princ. ff. de fund. inst.* facile respondetur, quod mancipia, quae postea testator in fundum induxit, non continentur legato mancipiorum, sed legato instrumenti. Testator legaverat fundum cum instrumento, et mancipiis, quae tunc ibi essent. Mancipia, quae post conditum testamentum in fundum ejus colendi gratia induxit, non possunt contineri legato mancipiorum, quia hoc comprehendit solum ea mancipia, quae erant tempore facti testamenti, ut testator expresse declaravit, *l. testatorem* 67. §. *ult. ff. de leg.* 3. *l. ult.* §. *pen. et ult. ff. de lib. leg.* Continentur autem legato instrumenti: quia, cum instrumentum sit genus plura complectens, habet diminutionem et incrementum etiam post conditum testamentum, *l. Lucius Titius penult. ff. eodem*, sicut legatum peculii *l. denique* 8. §. *ult. ff. de pecul. leg.* legatum gregis *l. si grege legato* 22. *ff. de leg.* 1. Et hanc fuisse mentem JC. ipse explicat illis verbis: *Caeterum instrumento fundi mancipia quoque colendi agri causa inducta contineri, non ambigitur.* Quae autem a JC. in hac lege proposita, non ea erat, an continerentur legato mancipiorum etiam mancipia postea inducta; de hoc enim nulla poterat existere controversia, cum testator aperte declaraverit, se legare mancipia, quae tunc essent in fundo. Erat igitur quaestio, an testator legando mancipia voluisset minuere legatum instrumenti, ita ut non comprehenderet omnia mancipia, quae in fundo deprehenderentur tempore mortis, ut fert natura hujus legati, d. *l. penult. ff. eodem.* sed solum ea, quae ibi erant tempore testamenti. Et respondit Paulus, mancipia legato instrumenti adjecta fuisse non ejus minuendi, sed potius augendi causa, qua de re copiose diximus alias ad *l. quaesitum* 12. §. *si quis fundum penult. ff. eodem.* Ubi Ulpianus eamdem regulam statuit. Illud tantummodo monendum, quod licet testator declaraverit, se relinquere, quae mancipia tunc in fundo essent, cum legaret; tamen haec restrictio non afficit legatum instrumenti, cujus pars sunt mancipia ad colendum agrum comparata. Nimirum quia, cum quidam dubitarent olim, an instrumentum contineret etiam mancipia secundum Alpheni opinionem, qui nihil animalis instrumenti esse opinabatur, mancipia exprimebant, ut clarius significarent voluntatem suam, et legatum augerent, *l. quaesitum* §. *Alphenus ff. eod.* Itaque quod adjectum est ad augendum instrumenti legatum non debet nostra interpretatione ad ipsum minuendum produci, quod nulla juris ratio patitur *l. nulla juris* 25. *ff. de legib.*

CAPUT XXVI.

Ad L. Liberorum 220. *ff. de verb. significatione.*

SUMMARIUM.

I. Descendentium appellatione qui contineantur? magna disceptatio.
II. Liberorum appellatione continentur tam masculi, quam feminae ab eodem Stipite descendentes.
III. Posterorum eadem fere significatio.
IV. Vocatis descendentibus masculis, feminas ex masculis descendentes plerique putant succedere.
V. Eorum opinio falsa tam ad normam Latinitatis, quam ad normam juris et n. VI.
VII. Descendentes virilis sexus male a nostris confunduntur cum descendentibus ex virili sexu.
VIII. In usu juris distincti. Nonnulla de lege Voconia.
IX. Expenditur l. Gallus 29. §. nunc de lege 11. ff. de liber et post.
X. Feminae *feminini sexus personae*, et masculi *masculini sexus personae* a Justiniano vocantur. et n. XI. XIII. XIV.
XII. Item ab Ulpiano.
XV. Respondetur contrariis.

1 Quid sonet haec vox *descendentium*, quive hac appellatione comprehendantur, magna est inter nostros, ac praesertim in foro disceptatio: Tota contentio in verbi controversia posita. Hanc ut potero breviter attingam. Primum autem operae pretium est admonere, eos, quos hodie descendentes dicimus, veteres Jurisconsultos liberos appellasse. Descendentes enim nunquam fere sine aliquo adjuncto nominabant, nisi cum eos ad parentes, et adscendentes referebant, quia hac voce tamquam participio, non tamquam nomine utebantur. Itaque dicebant: descendentes ex femineo sexu, ut in *l. cognoscere* 56 *in fin. ff. de V. S.* hoc est, ex parentibus feminini sexus: descendentes per virilem sexum *l.* 3. *in princ. ff. de injust. rupt.* descendentes ex virili sexu *l.* 1. *ff. de Carbon. ed.* descendentes ex familia *l.* 2. *C. quib. ad libert. procl.* Hodie contra nunquam fere liberi nominantur, sed fere semper descendentes. Neque hoc sine exemplo. Nam et apud veteres linguae latinae auctores verbum adolescentis de participio transivit in nomen.

2 Liberorum igitur appellatione continentur omnes, qui ab eodem stipite descendunt in infinitum *l. liberorum* 220. *ff. de V. S.* tam masculi, quam feminae: tam ex masculis, quam ex feminis descendentes *l. cognoscere* 56. §. 1. *ff. eodem l.* 1. *juncta l. nam et his* 5. *ff. de inoff. testam. l.* 1. *C. de condit. insert. l. jubemus* §. *sin. autem. juncto princ. legis.* Ibi: *sine liberis decesserit. C. ad S. C. Trebell.* Et hoc probat evidenter Ulpiani interpretatio edicti Praetoris in *l.* 1. § 1. *ff. de legat. praest.* ubi explicans edictum praetoris, quo jubet eos, qui rescindunt patris judicium per bonorum possessionem contra tabulas, legata praestare liberis et parentibus; haec verba ita interpretatur. *Generaliter autem parentes, et liberos praetor excepit: nec gradus liberorum, parentumve enumeravit: in infinitum igitur eis praestabitur. Sed nec personas prosequutus est, utrum ex virili sexu, an ex feminino descendunt. Quisquis igitur ex liberis, parentibusve fuerit, ad legati petitionem admittetur, sed ita demum, si jura cognationis sunt inter eos.* Deinde subdit etiam in adoptionem datos, imo et adoptivos, dummodo maneant liberi, edicto contineri. Posthumi etiam liberorum appellatione continentur *l. is cui* 18. *ff. qu. dies leg. ced. l. Sed etsi* 20. *ad S. C. Trebell.*

Eadem fere est significatio *posterorum*, 3 cum haec vox comprehendat omnes, qui postea venturi sunt. Modestinus in *l. quod his verbis* 83. §. *ult. ff. de leg.* 3. *Posterorum appellatione liberos tantummodo, non etiam libertos eorum, quibus fideicommissum relictum est; fideicommisso contineri nequaquam incertum est.* Et legislator noster in §. *ult. inst. qui testam. tut. Plane si posteris dederit, tam filii posthumi, quam caeteri liberi continebuntur.* Haec autem verba mutuatus est ab Ulpiano in *l. quod si* 6. *in fin. ff. de testam tutel.* quae perperam corrigenda esse quidam arbitrantur. Paulus autem hoc verbum aliter interpretari videtur in *l. ult.* §. *parentes* 7. *ff. de grad. et affin.* Ibi: *item liberi usque ad trinepotem; ultra hos posteriores vocantur.* Seb observandum, quod non posteros dicit, sed posteriores: hoc est, posteriores iis; qui proprium nomen habent, ut filii, nepotes, pronepotes, et caeteri, quo deficiente, devenitur ad nomen generale, quod refertur ad anteriores nomen speciale habentes, et dicuntur posteriores. Illud etiam notandum, quod in usu juris posteros pro liberis accipimus, cum apud latinos auctores vox posterorum, omnes, qui post nos futuri sunt comprehendat, ut legenti exempla passim occurrent: unde nomen posteritatis omnes, qui postea futuri sunt comprehendit. Tacit. *in princ. histor. Ita neutris cura posteritatis inter infensos, vel obno-*

xios. Quamobrem constat, quam barbara esset Caligulae interpretatio, qui negabat jure civitatem Romanam usurpare eos, quorum majores sibi, posterisque eam impetrassent, nisi filii essent. Svet. *in Calig. c.* 38.

4 His probe constitutis, duae quaestiones existunt subobscurae atque difficiles: altera, an vocatis descendentibus virilis sexus, femina ex masculo comprehendatur: altera, an vocatis descendentibus masculis, succedant etiam masculi descendentes ex feminis. Quoad primam plerique existimant succedere etiam feminas ex masculis descendentes, quia genitivus sui natura causam efficientem significat: ideoque si dictum sit, Sempronius Petri de Asinellis, indicatur Sempronium esse filium Petri. Idque confirmant auctoritate Justiniani in *l. lege duodecim C. de legit. hered.*

5 Hanc opinionem falsissimam esse nullus dubito, sive eam ad normam latinitatis, sive ad normam juris exigamus. Falsum enim est, quod genitivus causam efficientem demonstret: et cum dicimus: Sempronius Petri, significamus Sempronium esse filium Petri, quia subauditur vox *filius*: hoc est, Sempronius filius Petri. Caeterum verissimum est, quod ait Laurentius Valla *elegant. lib.* 2. *c.* 1. qui ita distinguit: *Genitivus aut active sumitur, aut passive, adde etiam possessive, quod pene pro active accipio. Active, ut providentia Dei, bonitas Dei. Passive, ut timor Dei, cultus Dei. Ibi Deus providet, et benigne agit: non ipsi providetur, et benigne fit: hic timetur, et colitur, non timet, et colit. Possessive, ut sedes Dei, regnum Dei.* Active igitur et possessive plerumque usurpantur. Itaque si dixero: canis Titii, equus Titii, quia non subauditur, *filius*, significat canem, et equum a Titio possessum. Sic etiam, cum dico frenum equi, collare canis, et similia, significo frenum, et collare, quod habat equus, et canis. Maxime vero cum persona ponitur in recto, res autem in genitivo. Plin. *lib.* 25. *cap.* 5. de halleboro: *Vetant dari senibus, et pueris: item mollis ac feminei corporis, animique*, hoc est, iis, qui possident, et habent corpus femineum et molle, animumque. Tacit. *annal. lib.* 6. *cap.* 31. *proximus huic Abdus, ademptae virilitatis: non despectum id apud barbaros, ultroque potentiam habet*: hoc est, cui erat adempta virilitas. Ovid. *Amor. lib.* 1. *eleg.* 9. *Ingenii est experientis amor:* habet scilicet amor ingenium experiens. Plaut. in *Aulul. Tu trium litterarum homo*. Terent. in *Andr. quandoquidem tam iners, tam nulli consilii sum.* Cicer. in *epist. ad Lentulum lib.* 1. *ep.* 7. *in fin. Lentulum eximia spe, summae virtutis adolescentem.* hoc est summa virtute praeditum. Gell. *lib.* 19. *cap.* 9. *Adolescens e terra Asia equestri loco laetae indolis, moribusque et fortunis bene ornatus.* Cic. *epist. lib.* 2. *ad Q. Fratrem ep.* 10. *in fin. Lucretii poemata, ut scribis, non ita sunt multis luminibus ingenii: multae tamen artis.* Sic dicimus hominem sanae mentis: hominem emunctae naris, hominem durae cervicis, et his similia prope infinita, ut demonstremus hominem his qualitatibus praeditum. Ergo et cum dicimus descendentes virilis sexus, eos intelligimus, qui praediti sunt virili sexu, qui sunt virilis sexus, uno verbo masculos.

Eadem prorsus est etiam in usu juris horum verborum significatio. Pomponius in *l.* 2. §. *post hunc* 47. *ff. de orig. jur. post hunc maxime auctoritatis fuerunt Attejus Capito, qui Offilium sequutus est, et Antistius Labeo, qui omnes audivit, institutus autem est a Trebatio*, scilicet maximam auctoritatem habuerunt. Legislator noster in *l. cum acutissimi C. de fideic. cum acutissimi ingenii vir; et merito inter alios excellens Papinianus*: hoc est, qui acutissimo ingenio praeditus erat. Hi enim genitivi hoc modo positi eamdem vim habent, ac ablativi; perinde est dicas: vir magna auctoritate, an vir magnae aucto- 6

ritatis, ut notat optime Laurent. Valla *lib.* 3. *cap.* 17. et ideo cum utriusque casus eadem sit vis, non raro in eadem periodo latini auctores utrumque usurpant. Plin. *lib.* 7. *cap.* 2. *Choromandarum gentem vocat Tauron sylvestrem sine voce, stridoris horrendi, hirtis corporibus, oculis glaucis, dentibus caninis.* Cicer. *in Sallust. Numquid quos protulit Scipiones, et Metellos, ante fuerunt aut opinionis aut gloriae?* Hic separatim; sed genitivum, et ablativum conjunxit in *epist. ad Lentul.* et in epist. *ad Q. Fratrem* et hos imitatus Gellius *lib.* 19. quorum verba supra retulimus.

7 I. Sed jam propius aggrediamur. In *l. cognoscere* 59. §. 1. *ff. de V. S. Liberorum appellatione continentur non tantum, qui sunt in potestate, sed etiam, qui sui juris sunt, sive virilis sive feminini sexus sunt, exve feminini sexus descendentes:* hoc est, ex parentibus feminini sexus descendentes. Evidenter hic Callistratus distinguit liberos virilis aut feminini sexus, a descendentibus ex parentibus feminini sexus, ut distinguat agnatos a cognatis. Liberi igitur virilis sexus, aut feminini sunt, qui masculi sunt aut feminae. Qui autem descendunt a masculis, non dicuntur liberi, aut descendentes virilis sexus, sed descendentes ex virili sexu, ut in *l.* 1. §. *non tantum ff. de Carbon. edict. Non tantum masculi, sed et feminae ex virili sexu descendentes Carboniani commodum habent*, et in *l.* 1. *ff. de legat. praest. utrum ex virili sexu, vel ex feminino descendant* et in *l.* 3. *in princ. ff. de injust. rupt. posthumi per virilem sexum descendentes*: sic etiam in *l.* 4. §. *cognationis ff. de grad. et affin. cognatio, quae per feminam descendit: quae per mares contingit.* Probe igitur, imo vehementer errant nostri, qui haec omnia confundunt, quasi idem significent: descendentes virilis sexus: per virilem sexum: per lineam masculinam, a linea masculina, et similia, quae ad originem referuntur, non ad personam vocatam. Sed reliqua persequamur.

II. Paulus *lib.* 4. *Recept. Sent. tit.* 8 8. §. 13. *Agnati autem sunt cognati virilis sexus per virilem descendentes.* Evidenter hic quoque distinguuntur illi, qui sunt virilis sexus ab illis, qui per virilem sexum descendunt. Ergo in usu juris dicuntur virilis sexus, masculi: per virilem autem sexum descendentes, qui descendunt a masculis. Requirit autem hic Paulus non solum, ut descendant per masculos, sed etiam, ut sint masculi, quia feminae ad hereditates legitimas ultra consanguineas non admittebantur. Id. Paulus §. 22. *Feminae ad hereditates legitimas ultra consanguineas successiones non admittuntur, idque jure civili Voconiana ratione videtur effectum:* hoc est, prudentum interpretatione, qui non putarunt feminas admittendas ad hereditatem legitimam, ea ratione, quia lege Voconia excludebantur etiam ab hereditate testamentaria, quod magis est. Prudentum enim responsa jus civile dicebantur *l.* 2. §. *his legibus* 5. *ff. de orig. jur.* Voconia lex lata a Q. Voconio Saxa, Tribuno Plebis, anno urbis DCCXIV. Suasit illam M. Cato jam senex, ut ipse de se testatur apud Ciceronem in Libro de Senectute circa princ. ejusque orationis non pauca verba refert et explicat A. Gell. *lib.* 17. *cap.* 6. Quid hac lege, seu plebiscito contineretur, indicat *Cic.* 1. *in Verrem*, qui de Voconio ait: *Sanxit in posterum: qui post eos censores census esset, ne quis heredem virginem, neve mulierem faceret.* Addit D. Agustinus *lib.* 3. *de Civit. Dei. Lata est etiam Lex Voconia, ne quis feminam heredem faceret, nec unicam filiam.* Idem confirmat Florus *epit. lib.* 41. *Q. Volumnius Saxa legem tulit, ne quis mulierem heredem institueret: suasit legem M. Cato* Legendum est *Q. Voconius.* De unica autem filia solus Augustinus testatur. Sed tamen de eo non est ambigendum. Sole-

bant enim testatores, ad eludendum legis praeceptum, heredem instituere amicum, eumque rogare, ut hereditatem filiae restitueret: ut constat ex Cicerone *lib. 2. de finibus*, 17. *seq.* ubi narrat factum Fadii, et postea subdit. *Si te amicus tuus moriens rogaverit, ut hereditatem reddas suae filiae, nec usquam id scripserit, ut scripsit Fadius, nec cuiquam dixerit: quid facies? tu quidem reddes: ipse Epicurus fortasse redderet.* Subjicit deinde exemplum Sexti Peducaei, qui reddidit uxori, quod vir ei reliquerat. Probat igitur Cicero, restituendam esse hereditatem, etiamsi rogatus sit restituere in fraudem legis: nimirum praefert legi civili jus naturale, cum de moribus ibi agat, et tamquam Philosophus, non tamquam Jurisconsultus loquatur. Ex his patet, deceptum fuisse Hotomannum, qui putavit, lege Voconia mulieres non omnino exclusas fuisse ab hereditate, sed quadrantem tantummodo capere potuisse. Imposuit illi, et plerisque aliis locus Dion. lib. 56. *τῶν τε γυναικῶν τισι καί παρα τὸν 'Ουοκώνιον νόμον, καθ' ὃν οὐδεμιᾷ αὐτῶν οὐδενος ὑπὸ δύο ἥμισυ μυριάδ ας οὐσίας κληρονομεῖν, συνεχώρησε τοῦτο ποιεῖν.* hoc est: *quibusdam mulieribus concessit capere hereditatem contra legem Voconiam, quae ipsas supra viginti quinque millia hereditatem capere non permittebat.* Viginti quinque millia sestertium interpretati sunt: hoc est, quadrantem centum millium, quam hereditatem capere lex prohibebat. Nam solummodo census prohibebatur mulierem instituere, ut constat ex verbis Ciceronis supra allatis: hoc est, ut explicat ibi Asconius, qui centum millia habebat in bonis. Dionis autem verba non de sestertiis, sed de drachmis sunt intelligenda; nam his Graeci utebantur: at vero viginti quinque millia drachmarum conficiunt centum millia sestertium. Ait igitur Dion, quod secundum legem Voconiam mulieribus non licebat capere hereditatem ejus, qui supra centum millia sestertium haberet in bonis. Ita optime verba Dionis interpretatur J. F. Gronovius *lib. 3. cap. 16. de pecun. vet.* Qui autem censi non erant, vel lege id permittente, vel aequitate vel consuetudine juris poterant filiam heredem instituere: haec enim omnia recenset Cicero 1. *in Verrem*, cujus verba referre supersedeo. Polibyus quoque *in excerpt. de virt. et vit.* refert, Scipionem Africanum hereditatem maternam concessisse sororibus, ex qua, ut ait, nihil ad ipsas pertinebat. οὐδὲν, nihil. Falsa est igitur opinio eorum, qui putant aliquid eis relinquere permissum fuisse. Sed vide Cl. Perizonii dissertationem de lege Voconia. Haec enim dixisse sufficiat ad illustranda Ulpiani, et Pauli verba.

III. In lege Velleja, cujus verba re- 9
fert Scaevola in *l. Gallus* 29. §. *Nunc de lege.* 11. *ff. de liber. et post.* scriptum erat: *qui testamentum faciet, is omnis virilis sexus, qui ei suus heres futurus erit etc.* puto verba sequentia legis haec aut similia fuisse: instituat aut nominatim exheredet. *Is omnis virilis sexus*: feminas non comprehendit, quia etiam inter caeteros exheredari poterant, dum aliquid eis in testamento legaretur §. *posthumi* 1. *inst. de exhered. liber.* Ulpian. *in fragm. tit.* 22. §. 21. *Posthumus Filius nominatim exheredandus est: filia posthuma, caeteraeque posthumae feminae, vel nominatim, vel inter caeteros, dummodo inter caeteros exheredatis aliquid legetur.* Quamobrem verissimum est, quod notat doctissimus Cujac. in *l.* 3. *in princ. ff. de injust. rup.* verba illa: *per virilem sexum descendentes* a Triboniano adjecta ac mutata fuisse, quia eo tempore etiam feminae nominatim exheredari debebant ex Justiniani constitutione: caeterum Ulpianum scripsisse: *posthumi virilis sexus ad similitudinem filiorum nominatim exheredandi sunt, ne testamentum agnascendo rumpant.* Etenim Ulpiani tempore falsum erat feminas testamentum rumpere, si nominatim exheredatae non fuissent. Utroque igitur loco, tam in lauda-

ta *l.* 3. quam in *l. Gallus* eodem modo scriptum erat *virilis sexus*: Haec haudquaquam animadvertentes veteres interpretes existimarunt in *l. Gallus*, verba illa: *is omnis virilis sexus* aut referenda esse ad testatorem, qui si masculus non fit, non cogitur liberos instituere, aut exheredare, § *ult. inst. tit. de exhered. liber.* ignorantes, quod *is omnis* minus latine diceretur; et veteres scripsisse *omnis* syllaba producta, vel *omneis* quod nos scribimus omnes; aut si referantur ad liberos, ea significare liberos descendentes per virilem sexum, non liberos masculos. Nec animadverterunt, utrovis modo accipiantur ea verba: *virilis sexus* fore omnino superflua: nam cum statim subjiciantur illa verba: *qui suus heres futurus erit*, aut ut alii legunt: *qui sui heredes futuri erunt*, his verbis utrumque continetur, et quod testator sit masculus, et quod liberi ab eo per masculos descendant: alioquin enim sui heredes esse non possent, cum feminae suos heredes non habeant, quia in earum potestate non sunt, §. *feminae instit. tit. de adopt.* §. *caeteri* 3. *inst. tit. de hered. qual. et different. l. illud notandum* 4. §. *ad testamenta ff. de bon. poss. contra tab.* et multo minus possunt esse sui heredes, qui descendunt a feminis, cum neque sint in potestate, nec ejusdem familiae. *princ. tit. inst. de hered. qual. et differen.* §. 1. *et* §. *item vetustas inst. tit. de hered. quae ab int.*

10 IV. Justinianus in *princ. tit. instit. de exhered. liberorum. Sed non ita de filiabus, et aliis per virilem sexum descendentibus liberis utriusque sexus.* Aliud igitur est descendere per virilem sexum: aliud esse virilis sexus. Illud continet etiam feminas: hoc tantummodo masculos, et ad comprehendendas etiam feminas necesse est dicere *utriusque sexus*: vel ut in §. 1. *ejusdem tit. sive feminini sexus, sive masculini.* Et deinceps: *sed feminini quidem sexus personae, vel nominatim, vel inter caeteros exheredari solebant: masculos vero posthumos placuit non aliter recte exheredari, nisi nominatim exheredarentur*, Constat igitur, Justinianum semper feminas sexus feminini personas dicere, et masculos sexus masculini, et haec pro Synonimis haberi. Rursus in §. 3. *Sed Praetor omnes tam masculini sexus, quam feminini, si heredes non instituantur, exheredari jubet: virilis sexus nominatim, feminini vero inter caeteros.* Non possunt haec intelligi de descendentibus per virilem aut femininum sexum, quia hi possunt praeteriri, §. *ult. eod. tit.* et cum voluit indicare descendentes per virilem, aut femineum sexum, Justinianus expresse ita eos descripsit: per virilem sexum descendentes, ut in §. *Sed haec quidem vetustas*, et in §§. *superioribus*: nunquam autem dixit liberos virilis sexus. Haud aliter in *Novell.* 118. *de hered. ab intest. venient. c.* 1. *Nulla introducenda differentia sive masculi, sive feminae sint, et seu ex masculorum, seu ex feminarum prole descendant*: et in c. 2. *in fin. sive feminae, sive masculi fuerint, qui ad hereditatem vocantur, et sive per masculos, sive per feminae personam copulantur*, et cap. 5. *quique ex masculorum, quique ex feminarum prole descendunt.*

V. Idem Justinianus in §. *caeterum* 11 *in fin inst. tit. de legit. agnat. success. omnes legitimas personas, id est, per virilem sexum descendentes, sive masculini generis, sive feminini sint.* Evidenter hic distinguit masculos et feminas, seu personas masculini, aut feminini generis, a personis descendentibus per virilem sexum.

VI. Ulpianus in *l.* 2. §. 1. *ff. de suis* 12 *et legit. hered. Agnati autem sunt cognati virilis sexus ab eodem orti.* Distinguit liberos ab eorum origine, et virilis sexus vocat masculos: nam id temporis feminae non habebant agnationis jura praeter sorores consanguineas, quae solummodo jure agnationis ad legitimam hereditatem fratris admittebantur, exclusis omnibus aliis feminis, *d.* §. *caeterum*

et idem Ulpianus *tit.* 26. §. 6. *ad feminas ultra consanguineorum gradum legitima hereditas non pertinet: itaque soror fratri, sororive legitima heres fit*: et supra attigimus ad Paulum *recept. sentent. lib.* 4. *tit.* 8. §. 22.

13 VII. Hoc idem demonstrat evidenter Justiniani legislatoris constitutio in *l. in lege* 14. *C. de legit. hered.* in qua corrigit jus prudentibus introductum de feminis a legitima hereditate praeter consanguineas exclusis. Ibi: *Sancimus omnes legitimas personas, id est, per virilem sexum descendentes, sive masculini, sive feminini generis sint, simili modo ad jura legitimae successionis ab intestato vocari*, et infra: *cum enim unius sanguinis jura remaneant per virilem sexum incorrupta, quare naturam offendimus et legitimo juri derogamus?* Scilicet admittendo masculos, et feminas excludendo. Illud plane mirandum, auctores, et patronos contrariae sententiae magni nominis ac doctrinae viros in hac ipsa lege, quae nobiscum facit, ponere fundamentum opinionis suae. Verumtamen hoc minus mirum, quod tam absurda sententia non nisi legibus contrariis, aut nihil ad rem pertinentibus fundanda est.

14 VIII. In *l. ult. C. de suis et legit. lib.* ait idem Justinianus. *Quoties aliquis, vel aliqua intestatus, vel intestata, mortuus, vel mortua fuerit, nepotibus, vel pronepotibus cujuscumque sexus, vel deinceps aliis descendentibus relictis.* Verba *cujuscumque sexus* non referuntur ad eos, a quibus descendunt, quia in iis nominatim jam expresserat masculum, et feminam: sed ad solos nepotes et descendentes. Quid autem refert, dicat quis: *descendentes utriusque sexus:* an descendentes virilis aut feminei sexus? Rursus in *l. ult. C. de legit. hered.* totam progeniem ex legitima sobole descendentem sive masculinam sive femininam. Et Imperatores in *l. si defunctus* 9. *in princ. C. de suis, et legit. lib. si defunctus cujuscumque sexus aut numeri reliquerit filios et ex filia diem functa cujuscumque sexus aut numeri nepotes etc.*

Haec sunt fundamenta meae opinionis, 15
quam, ni fallor, puto esse verissimam. Quid ad haec adversarii? Nihil profecto. Ecquae argumenta afferunt suae sententiae? Nempe text. in *l. Gallus* §. *nunc de lege ff. de lib. et posthum.* quem satis accurate supra exposuimus in nostro III. fundamento, et pro nobis facere demonstravimus. Secundo loco afferunt Justiniani constitutionem in *l. lege* XII. *tabularum vers. hujusmodi itaque C. de legit. hered.* quae adeo facit contra ipsos, ut nihil supra. Praeterea quosdam in hanc sentententiam adducit §. *item vetustas inst. tit. de hered. quae ab intest.* Sed nihil ad rem facit: ibi non agitur de descendentibus virilis sexus, sed nominatim: *nepotes, neptesve, qui ex virili sexu descendunt:* item infra: *utrique tam qui ex masculis, quam qui ex feminis descendunt.* Denique moventur ex definitione agnatorum, tradita ab Ulpiano in *l.* 2. §. 1. *ff. de suis et legit. hered. juncto* §. *caeterum inst. tit. de legitim. agn. succ.* Sed hic ipse §. nodum solvit, et declarat, nihil obstare Ulpiani definitionem in laudata *l.* 2. ut probavimus in fundamento V. et VI. Sed ineptum esset de re tam perspicua diutius disputare.

CAPUT XXVII.

Ad L. si viva matre. C. de Bon. matern.

SUMMARIUM.

I. Vocatis descendentibus masculis, non admitti descendentes masculos ex femina, olim receptum: hodie invaluit opinio contraria.

II. Negativae sententiae argumenta proponuntur ac refelluntur ad n. VII.

VIII. Expenduntur affirmativae sententiae argumenta, ac confutantur ad n. XI.

XI. Examinatur fortissimum argumentum Anton. Fabr. et ei respondetur. Sola testatoris voluntate quaestio dirimitur.

1 Altera quaestio est de descendentibus masculis, tot Doctorum controversiis et contrariis opinionibus implicata, ut nihil certi statui possit. Itaque ad legum praecepta confugiendum esse videretur: Sed et in jure nostro nihil hac de re definitum aut certum habemus. Et olim quidem communis fere omnium erat opinio, vocatis descendentibus masculis, non admitti descendentes masculos ex femina: hodie vero invaluit opinio contraria. Utra sit verior, deliberare, atque decernere difficillimum. Quamobrem hac de re in utramque partem disputabimus, et utriusque argumenta confutabimus, postmodum, quae sententia tenenda sit, proponemus et explicabimus.

Qui veterum opinionem tuentur, eam potissimum fundant in *l. si viva matre* §. *nam licet C. de bon. matern.* ubi ait Imperator, quod filius non debet esse melioris conditionis sua matre. Et hoc argumentum amplificant, et exornant, quia successor non debet esse melioris conditionis, quam ejus auctor, a quo causam habuit *l. ex qua persona* 149. *et l. quod ipsis* 143. *ff. de reg. jur.* et causatum non debet esse potius sua causa: et subrogatum non potest habere plus juris, quam id, in cujus locum subrogatur *l. si eum* 10. §. *qui injuriarum ff. si quis caution.* Addunt quod sublato medio, sublata videntur extrema: et alia his similia, quae nullo negotio refelluntur.

2 Gloriatur Castrensis, huic argumento neminem unquam respondere potuisse. Ego contra nihil in eo momenti esse arbitror. Falsa enim sunt omnia, quae assumuntur: ac propterea assumptione negata nulla ejus est conclusio. Singula expendamus. Non debet esse melioris conditionis filius matre sua, *l. si viva matre. C. de bon. mat.* Falsum. In laudata lege non hoc habetur generaliter, sed restringitur ad eum casum, quem decidit Imperator in ea lege: Ibi: *non abs re est, ut in hoc casu deteriores esse nepotibus filii non sinantur.* In hoc casu: in quo par erat conditio filiorum et nepotum. Generaliter igitur id falsum: maxime vero in casu nostro, in quo non est par conditio matris, ac nepotis. Mater enim est femina, nepos est masculus. Vocatur autem ad successionem nepos, non tamquam nepos; nam etsi pronepos esset, nihilominus vocaretur: sed tamquam masculus. Habet igitur qualitatem requisitam a testatore, quam non habet mater ejus; ac propterea non abs re est, ut sit melioris conditionis nepos, quam filia. Perpetuo id observatur in successionibus. Lex Voconia, ut in superiore diximus, feminas institui prohibebat. Finge, testatorem habuisse filiam, et ex ea nepotem. Si filiam instituebat, nulla erat institutio: Si nepotem, valebat. Filia capere non poterat hereditatem: nepos poterat: erat ergo melioris conditionis nepos, quam filia. Quid ita, quia nepos erat masculus, filia autem femina: ille habebat qualitatem a lege prescriptam: haec non item. Imo, quod magis est, idem observatur etiam in successione ab intestato, quae saltuatim non progreditur. Pater emancipat filium, et nepotem ex eo retinet in potestate: filius jure civili non succedebat, sed nepos. Quamobrem? quia jus agnationis, et sui heredis amisit capitis diminutione, §. *ult. inst. tit. de legit. agnat. tut. l. tutelas* 7. *ff. de cap. min.* Nepos retinet jura agnationis, et sui heredis: ac propterea habet qualitatem a lege praescriptam, qua caret ejus pater. Et quamquam Praetor postmodum coeperit emancipatos ad successionem vocare in ordine suorum heredum, §. *emancipati instit. tit. de hered. quae ab intest. l. liberi* 4. *ff. si tab. testam. null. l. sed cum* 6. §. 1. *ff. de bon. possess. l. ult.* §. 1. *C. de legit. hered.* tamen in eo sunt deterioris conditionis, quod hereditatem non acquirunt, nisi petant bonorum possessionem, suis autem acquiritur hereditas etiam ignorantibus, §. *sui au-*

tem 3. *instit. eod l. in suis* 14. *ff. de suis et legit. hered. l. si fratris* 3. *C. de jur. delib.* Quid in adoptivis? de quibus in §. *at hi* 10. *instit. tit. de hered. quae ab int* Quid si filius fuerit exheredatus, et extraneus heres institutus? qua de re in §. *cum autem* 7. *cum seq. instit. eod.* Plura non persequor: ad successionem testamentariam revertor An non si exclusa femina testator nominatim ejus filium instituisset, ipse solus exclusa matre heres esset? Id certe dubitationem non habet. Esset igitur mater deterioris conditionis, quam filius. Quid ita? quia ita voluit testator, cujus voluntas pro lege habetur. *Novell. de Nupt.* 22. *cap.* 2. *Disponat testator et erit lex.* Itaque in his successionis testamentariis quid voluerit, quid disposuerit testator, est inquirendum, non confugiendum ad inanes regulas, quae his accomodari non possunt.

3 At enim mater tamquam proximior magis est a testatore dilecta, quam ejus filius, qui remotior est, *l. omnia* 32. *in fin. ff. de leg.* 2. Sed mater est exclusa; ergo multo magis ejus filius. Falsum, quod mater fuerit a testatore dilecta prae ejus filio. Si enim a testatore fuit exclusa a successione, non solum non fuit magis ab eo dilecta, sed nequidem ullo modo dilecta, quia caret qualitate ac praerogativa, quam unice dilexit atque exoptavit testator, qui voluit hereditatem suam semper ad masculos pervenire, vel quia sexum masculinum diligebat prae feminino, vel quia masculi facultatibus indigent ad sustinenda onera rei domesticae, ad amplificandum decorem ac dignitatem familiae, ad publica munera obeunda, promovendas artes, mercaturam exercendam, exornandam patriam; mulieres autem plerumque in luxum effusae, ad mollem ac luxuriosum corporis cultum, ornatumque; ad domum magnifice ac sumptuose instruendam, opes prodigere solent atque profundere. Ideo testator omnem affectionem conclusit in masculis; ac propterea ineptum est dicere, eum plus dilexisse matrem, quam ejus filium, et ipsa lex, quae allegatur, contrarium probat. Ibi: *et qui ex his primo gradu procreati sunt, nisi specialiter defunctus ad ulteriores voluntatem suam extenderit*: specialiter hic voluntatem suam extendit ad masculos. Quid refert igitur, quod mater primo gradu sit? Hoc amplius, qui hoc argumento nituntur, profecto pugnantia dicere cogentur. Fingamus enim, concurrere masculum ex femina, qui sit in tertio aut quarto gradu, et alium descendentem a masculis, qui sit in sexto. Quis ex his succedere debet? non descendens a femina, ut ipsi ajunt, sed descendens a masculis. Atqui hic est in sexto, ille vero in quarto gradu: ille igitur est minus dilectus, quam hic: ac propterea, si excluditur hic magis dilectus, multo magis excludendus est ille minus dilectus. Nemo igitur succedet, aut remotior proximiori praeferendus. Vide sis, in quas angustias se conjiciunt, a quibus dum se volunt expedire, ipsi se impediunt, suaque argumentatione implicantur.

Nullius pariter momenti sunt alia, 4
quae copiose congeruntur: quod causatum non debet esse potius sua causa: nec successor suo auctore, nec plus esse in subrogato, quam fit in eo, cui subrogatur. Etenim falsa sunt omnia, quae in his assumuntur. Falsum est, quod filius sit subrogatus in locum matris, cui non est substitutus, cum ipsa nullum unquam jus habuerit in hac successione, a qua omnino fuit exclusa. Falsum pariter, quod ipsa sit auctor successionis, et filius sit ejus successor. Etenim ad ipsam nihil attinet haec successio, nec per eam pervenit ad filium, qui ipsam directe obtinet a testatore tamquam descendens masculus ab eo vocatus, semota femina ipsum praecedente, quare nec ipsam repraesentat, nec opus habet ulla repraesentatione. Quid enim tribuere ipsi potest repraesentatio ejus personae, quae exclusa est ab hereditate? nihil profecto. Repraesen-

tatio a jure admittitur, ut ipse habeat eam partem hereditatis, quam habiturus esset is, quem repraesentat, si viveret, §. *cum filius inst. tit. de hered. quae ab intest. et in* §. *pen. l.* 1. §. *si filius* 4 *ff. de suis et legit. hered. l.* 2. *et* 3. *C. de suis et legit. liber.* Non datur igitur repraesentatio, nisi mortuo ac deficiente eo, qui repraesentatur: nec potest repraesentari, qui nullum jus habet, aut habiturus esset in successione, si viveret. Denique falsum est, quod mater sit causa, filius causatum, seu effectus. Mater enim est causa filii, quod attinet ad generationem: non quod atinet ad successionem. Quantum ad successionem, causa est ipse testator, seu ejus institutio, qua ille vocatur ad hereditatem, quia masculus: eaque ipsum efficit successorem. Quid si negavero effectum, seu, ut ipsi ajunt, causatum sua causa potiorem esse non posse. An non plantae potiores sunt suo semine, a quo producuntur? sane caudicem, ramos habent, emittunt flores, folia, poma, eaque ad maturitatem perducunt: nihil horum in semine, et si quid est in eo, illud solummodo est inchoatum, implicitum, involutum, nec oculis pervium, nec ad usum vitae, aliamve rem utile. Numquid animalia potiora non sunt semine, unde progenita fuerunt? Sed haec in rebus naturalibus. Quid in legibus, ac in jure nostro? Numquid obligatio non est potior stipulatione? Illa consistit in verbis, scilicet interrogatione, et responsione congrua, *princ. tit. instit. de V. O. et l.* 1. *ff. eod.* haec in vinculo juris, quo necessitate adstringimur ad aliquid dandum aut faciendum *l. obligationum substantia ff. de oblig. et act.* Quid? an non obligatio est mater actionis? *l. licet* 42. §. *ea obligatio ff. de procurat.* obligatio autem sine actione inutilis est ac prope nulla: cum actio sit, quae persequitur id, quod nobis debetur, et sine ea nihil omnino consequi possimus, *princ. tit. instit. de actionibus.* Quid, oro, potentius est? quid potius est, dominium, an possessio? et tamen possessio est causa dominii; nam dominium a naturali possessione coepit, et exortum est, *l.* 1. §. 1. *ff. de acquir. vel am. possess.* et sine ea non acquiritur, *l. cum res* 12. *C. de probat. l. qui praedium* 13. *C. de distr. pign.* Plura non persequor: id enim et longum esset, et supervacuum.

Probant praeterea sententiam suam, 5
quod successiones non fiunt per saltum, sed ordine successivo *l.* 1. §. *quibus, cum seq. ff. de successor. edict. l. octavi ff. unde cogn.* §. *placebat inst. tit. de legit. agnat. success.*

Omittamus, quod in his legibus nihil tale praecipitur: omittamus etiam, quod nihil quicquam ad rem pertinent, quia in illis agitur de proximiore deficiente, non de proximiore excluso. Et quod de successorio edicto in iis tractatur, potius contrarium probat, nam in eo genere percipiendarum hereditatum non erat successio, *d.* §. *placebat.* et aliis allegatis. Sed haec omnia silentio praetermittimus, ut liberaliter cum ipsis agamus, non morose, ac fastidiose. Plurimum hac in re, ut in omnibus differt successio ex testamento a successione ab intestato. Haec a lege datur, quae certum ordinem succedendi praescripsit, quem praetergredi non licet: ac solet in eodem ordine proximiores remotioribus anteferre. Quamquam ne hoc quidem constans est, atque perpetuum. Nam et liberi utcumque remotissimi excludunt proximos agnatos: et agnati utcumque remotissimi proximos cognatos. Et in eodem etiam ordine non attenditur proximitas, ubi datur jus repraesentationis, et ubi ille, qui juxta ordinem a lege definitum proximus est, non habet qualitatem ab eadem lege requisitam, ut ad superius argumentum exemplis demonstravimus. Successio autem ex testamento pendet omnino ab arbitrio, et voluntate testatoris, cui latissimam potestatem tribuit ipsa lex duodecim tabularum: *uti legassit suae rei, ita jus esto. l. verbis legis.* 120. *ff. de verb. sign.* et hanc

amplissimam facultatem confirmavit Imperator noster *in Novell.* 22. *de Nuptiis. Disponat testator, et erit lex.* Itaque in dispositionibus testamentariis voluntas testatoris dominatur, eaque sola est attendenda, atque servanda, quomodocumque disposuerit *l. quoties* 9. *in princ. l. ex facto* 35. §. *rerum ff. de hered. instit. l.* 4. *in fin. de vulg. et pupill. l. si mihi* 12. *in fin. ff. de legat.* 1. *l. non aliter* 69. *in princ. ff. de legat.* 3. *l. pediculis* 32. §. *Labeo ff. de aur. et arg. leg. l. in conditionibus* 19. *ff. de cond. et dem. l. quoniam* 15. *C. de testam.* Haec unica regula est, ad quam omnis interpretatio dirigenda est: aliae omnes pravae sunt atque distortae. Illud plane insulsum, quod ad-
6 dunt: medium inhabile impedimento esse, ne extrema jungantur. *l. servitutes praediorum.* 14. *in fin. ff. de servit. l. qui sella* 7. §. *ult. et l. tria praedia* 31. *ff de servit. rust. praedior.* Nam quid attinet servitus praediorum ad successionem? profecto, interjacente loco publico, vel sacro, vel religioso servitus itineris, vel aquaeductus imponi non potest, cum servitus per ea loca nulli deberi possit: quae ratio redditur a Paulo in laudata *l. servitutes in fine.* Idemque pariter eveniet interjecto alieno fundo, si ejus dominus non consentiat. Servitus enim aquae imponi aliter non potest, quam ut per medium fundum ducatur, ut ait Javolenus in laudata *l. tria praedia versic. et quemadmodum:* non potest autem per medium fundum duci invito ejus domino. Recte Paulus in laudata *l. qui sella in fin. In rusticis autem praediis impedit servitutem medium praedium, quod non servit,* quia nemo per fundum alienum, qui non servit, ire, agere, aquam ducere potest, et similia. Pulverem igitur oculis offundunt, qui haec magno verborum apparatu exaggerant.

7 Probant praeterea sententiam suam exemplo feudorum, ducto argumento a feudis ad fideicommissa *ex* §. *hoc autem tit. de his, qui feudum dar. poss.*

Sed in promptu est responsio. Feuda ex legibus feudorum, et ex ipsa eorum natura moderamur: fideicommissa ex arbitrio, et voluntate testatorum, ut modo diximus de successione ab intestato. Praeterquam quod ex laudato §. contrarium probari potest, perpendendo ejus verba: *hoc autem notandum est, quod licet filiae, ut masculi, patribus succedant, legibus tamen a successione feudi removentur, similiter et earum filii: nisi specialiter dictum fuerit, ut ad eas pertineat.* Primum igitur constat, filias, et earum filios a successione feudi legibus removeri: ut diximus. Praeterea eos, easque ad feudum admitti, si hoc specialiter dictum fuerit, sed in proposita controversia ponimus masculos descendentes specialiter a testatore vocatos fuisse: ergo ad successionem debent admitti. Quod confirmatur ex *tit.* 17. *de eo, qui sibi vel hered. suis Libr.* 2. Ibi: *non enim patet locus feminae in feudi successione, donec masculus superest ex eo, qui primus de hoc feudo fuerit investitus.*

Jam vero ad examinandam contrariam 8
sententiam aggrediamur. Conantur eam probare auctoritate Imperatoris in *auth. de hered. ab intest. venient. cap.* 1. Ibi: *si quis descendentium fuerit ei qui intestato moritur cujuslibet naturae, sive ex masculorum genere, sive ex feminarum descendens.* Ex quibus verbis deducunt, quod nihil intersit quoad successionem, utrum a masculis, an a feminis quis descendat.

Sed anceps est hujusmodi argumentum, et non minori probabilitate ad confirmandam contrariam sententiam adduci potest. Observandum enim est, quod in ea Novella Justinianus, postquam masculos nominavit, semper subjicit: *sive ex masculis, sive ex feminis descendant.* Ibidem in *cap.* 1. *in fin. nulla introducenda differentia sive masculi, sive fe-*

minae sint, et seu ex masculorum, seu ex feminarum prole descendant. Rursus in *cap.* 2. *masculos et feminas sive paterni, sive materni sint* et in *cap.* 3. *circa fin. thiis defuncti masculis et feminis, sive a patre, sive a matre.* Rursus in *cap.* 4. *masculos, ac feminas sive per masculi, sive per feminae personam defuncto jungebantur.* Quorsum isthaec? quia descendentium masculorum appellatione non comprebenduntur masculi ex feminis: vel saltem id est adeo ambiguum, ut necesse sit exprimere nominatim descendentes ex feminis. Et multo firmius fit argumentum, si animadvertamus: et quod illa toties repetita, et nunquam praetermissa declaratio: *sive ex feminis descendant* certo demonstrat necessitatem id perspicue exprimendi: et cum ibi semper vocatae sint etiam feminae, multo minus videtur urgere necessitas vocandi nominatim descendentes a feminis: nam si feminae admittuntur, dubitatio nulla est, quin a feminis quoque descendentes masculi, sint admittendi. Et sane si in ea novella constitutione non ageretur de obliteranda veteri differentia inter agnatos et cognatos: et hic non esset usus Justiniani, multis verbis, iisque identidem repetitis exprimere, et declarare, quod paucissimis poterat significari; firmissimum pro contraria sententia argumentum hoc esse existimarem. Maxime vero quia observo eamdem repetitionem, etiam in feminis expressisse Justinianum. Ibi: *masculos ac feminas: seu masculos, seu feminas, etc.* Non mirum igitur, si idem semper expressit etiam in descendentibus.

9 Nihilo firmius est argumentum, quod ducunt ex *l. cognoscere* 56. §. *liberorum ff. de V. S.* Ibi: *Liberorum appellatione continentur non tantum, qui sunt in potestate, sed omnes, qui sui juris sunt, sive virilis, sive feminini sexus sint, exve feminini sexus descendentes.*

Simile admodum argumentum: nam et hoc in adversam partem torqueri potest. Cur enim expressit descendentes feminini sexus, non masculini? nempe quia simpliciter nominando descendentes, hi non comprehenduntur, sed solum ex masculino sexu descendentes. Itaque hos necesse non est exprimere, illos utique. Debet igitur eos exprimere etiam testator, si vult eos ad successionem admitti. Non sine causa igitur id expressit Ulpianus: nam Callistratus *in l. liberorum* 220. *ff. eod.* dubium reliquit, an descendentes ex feminis liberorum appellatione contineantur: imo non videtur eos comprehendisse. Ait enim: *liberorum appellatione nepotes, et pronepotes, et qui ex his descendunt, continentur: hos enim omnes suorum appellatione lex duodecim tabularum comprehendit.* Sed suorum appellatione non continentur descendentes ex feminis, quia non sunt in potestate, §. 3. *inst. tit. de hered. qualit. et differ.* §. *sui inst. de hered. qu. ab intest. l.* 1. §. *suos heredes ff. de suis et legitimis hered.* ergo nec appellatione liberorum. Ad tollendam igitur hanc dubitationem merito Ulpianus inter liberos enumeravit etiam descendentes ex femineo sexu. Quod si ambigua est appellatio liberorum; et in dubitationem adduci potest, an ea comprehendantur descendentes ex feminis, quanto majorem habebit dubitationem vocatio liberorum masculorum, ut infra dicemus.

Praeterea ducunt argumentum a feudis ex *tit. de eo, qui sibi vel hered.* 10
sed omissis etiam, quae supra ad hoc genus probationis respondemus: nihil momenti est in hoc argumento. Etenim ibi investituram feudatarius acceperat sibi, vel heredibus suis masculis, vel his deficientibus, feminis. Itaque vocati erant tam masculi, quam feminae, et hi omnes in duas classes, seu ordines distributi atque distincti, quorum primus erat ordo masculorum, secundus femina-

rum. Quis autem potest esse tam stultus, qui dubitet, an masculus ex femina sit referendus in ordinem masculorum, an vero feminarum. Neque enim desinit esse masculus propterea quod a femina progenitus fuerit. Quocirca hic masculus excludendus erit a successione, si non succedat in ordine masculorum: nam quod in ordine feminarum succedere non debeat, nulla est dubitatio aut controversia. Absurdum autem est dicere, eum esse a successione feudi excludendum, cum in investitura omnes masculi contineantur, et feminis anteponantur. In casu autem nostro, in quo feminae sunt exclusae, jure ac merito dubitatur, an earum etiam filii censeantur exclusi.

11 Progrediamur jam ad examinandum argumentum, quo movetur doctissimus Antonius Faber *de error. pragm. lib.* 2. *decad.* 28. *error.* 8. quod est omnium firmissimum, et ad persuadendum aptissimum. Masculus descendens a femina, est descendens, et est masculus: atqui vocati sunt descendentes masculi; ergo et hic vocatus est. Nam cui conveniunt verba dispositionis, convenit et ipsa dispositio. Plane non potest negari quod contineatur appellatione descendentium masculorum, qui est simul et descendens et masculus. Nec ei obesse debet, quod a successione fuerit ejus mater exclusa: quia fuit exclusa quod esset femina, hic ergo debet includi, quod sit masculus. Quae ratio est in matre, ejus excludendae, in filio est ejus includendi. Testator dilexit masculos, non feminas Hos, quia dilexit, vocavit: illas, quia non dilexit, exclusit. Igitur non dilexit matrem, ideoque eam exclusit: dilexit nepotem, ideoque illum vocavit.

Enimvero huic argumento responderi non potest, nisi confugiamus ad voluntatem testatoris, quae omnino spectanda est; et totum facit in hoc genere dispositionis. Diserte ad rem Ulpianus in *l. ex facto* §. *rerum ff. de hered. instit. Rerum Italicarum, vel provincialium significatione, quae accipiendae sint, videndum est. Et facit quidem totum voluntas defuncti: nam, quid senserit, spectandum est.* Ergo in casu nostro spectandum est, quid senserit testator, et quinam masculi sint accipiendi significatione generali masculorum. Valde enim, nec sine causa est ambigendum, an, cum masculos prae feminis dilexerit, qualitatem masculini sexus praeoptaverit non solum quoad progressionem, sed etiam quoad originem, adeo ut desideravit hanc qualitatem non solum in generato, sed etiam in generante. Cum enim vocaverit ad successionem descendentes serie, et continuatione nunquam interrupta, videtur etiam masculos vocasse eadem serie, et continuatione non interrupta, nullaque inter eos femina intermixta. Hanc enim qualitatem masculini sexus adjunxit, et quodammodo insevit cunctis descendentibus, ita ut ab ipsis separari, ac sejungi non queat, Quamobrem sicut ad successionem adspirare non potest, nisi qui est descendens, et provenit a descendente testatoris, ita ad eam adspirare non potest, nisi qui est masculus, et a masculo progenitus. Sicut enim testator voluit fideicommissum progredi continuari de descendente in descendentem nulla alia interjecta persona: ita voluit progredi continuare de masculo in masculum, nulla persona feminei sexus interjecta. Etenim quando semper progrediendum est ad masculos, progressus hic procedere debet de masculo in masculum, nulla interjecta femina, per quam ordo ac series continuata masculorum interrumperetur. Neque hoc est sine exemplo in jure nostro. Ulpianus in *l.* 2. §. 1. *ff. de suis et legit. hered. Agnati autem sunt cognati virilis sexus ab eodem orti.* Satis expressisse se putavit, agnatos esse masculos conjunctos inter se per masculos, verbis illis *virilis sexus*, quia cum eo tempore feminae ratione Voconiana, ut supra exposuimus, excluderentur a successione, satis erat qualitatem masculini sexus exprimere ad demonstrandum ma-

sculos ex masculis, quia feminae nullum jus habebant in successione, adeoque non debebant se masculis intermiscere. Justinianus autem in §. 1. *de legit. agnat. tut.* et in §. 1. *de legit. agn. succes.* cum id temporis feminae non arcerentur a successione, definivit, agnatos esse cognatos per virilis sexus personas cognatione conjunctos. Necessarium existimavit exprimere conjunctionem per masculos, ne intermisceretur aliqua femina. Ita quoque Callistratus in *l. liberorum* 220. *ff. de V. S.* describit liberos, quasi non contineantur eorum appellatione descendentes ex feminis, cum tamen certum sit, eos quoque contineri, *l. cognoscere* §. 1. *ff. eodem.* quia scilicet refert definitionem ad successionem XII. tab. Ibi: *hos enim omnes suorum appellatione lex duodecim tabularum comprehendit;* lex autem duodecim tabularum excludebat descendentes a feminis, cum neque sui essent, neque agnati.

His omnibus quae diximus recte consideratis apparet, utramque sententiam lubricam esse ac periculosam: eamque solam esse approbandam, quae testatoris voluntate fulciatur.

CAPUT XXVIII.

De ead. quaestione.

SUMMARIUM.

I. Ea opinio recipienda, quam conjecturae et veritatis similitudo confirmaverit.
II. Affirmativam pro regula statuentes falso putarunt tantum valere Fulgosii auctoritatem, quantum legis praescriptum.
III. Verbum generale tam proprie refertur ad genus infimum, quam ad summum.
IV. Et magis proprie interpretatur verbum *masculos*, qui illud accommodat masculis ex masculo. Et ad hanc interpretationem quaelibet conjecturae sufficiunt.
V. Exempla amplissimi nominis *liberorum* a veteribus restricti.
VI. Item verbi *filiorum*, modo ampliati, modo restricti.
VII. Et nominis *familiae*.
VIII. Si testator vocet masculos vel quia feminae sunt finis familiae, vel quia sexum masculinum dilexit prae feminino, validissima conjectura est ad excludendos masculos ex feminis.
IX. Nomine generis usurpato, plerumque ea sola species significatur, quae inter alias aliqua ratione praecellit.
X. Unusquisque habet affectionem erga familiam propriam vel heredis instituti.
XI. Publica et privata utilitas exigit, ut masculi ex masculis praeferantur masculis ex feminis.
XII. Prudentissimi populi a feminis progenitos a successione excluserunt.

Controversia, de qua in utramque partem in superiore disputavimus, adeo in proclivi, ut quamcumque sententiam apprehenderit, facillime possit elabi. Quo efficitur ut paulo momento in hanc, vel illam partem impelli debeamus: et in eam opinionem propendere, quam conjectura voluntatis testatoris quomodocumque nobis indicaverit. Quamobrem a veritate longissime arbitror aberrare eos, qui secundam sententiam adeo mordicus tenent, ut statuant contrariam sequendam non esse, nisi urgeamur vehementissimis conjecturis, quae in alium sensum detorqueri non possint. Ego contra sentio, prudentem Judicem in eam opinionem venire debere, quam leves etiam conjecturae, et veritatis similitudo confirmaverit. Nam quae sunt in lubrico, quolibet impulsu incitata labuntur. In lubrico autem utramque opinionem esse, in superiore demonstravimus. 1

Duobus erroribus, ut mea fert opinio, sunt imbuti. Primus est, quod hanc sententiam tamquam regulam juris a Lege praescriptam obfirmate defendunt: tantumque apud ipsos Fulgosii valet auctoritas, quantum Legis praescriptum. Sed nusquam id in jure nostro traditum, ut in superiore diximus, et contrarium potius est constitutum, ut infra dicemus: et Fulgosius opinionem suam non pro certa, stabilique sententia venditavit, sed multis facti adminiculis in causa, quam defendebat, fulcire, et confirmare curavit; et ad extremum clientes suos hortatus est ad concordiam: adeo hanc sententiam lubricam esse existimavit. Consecutis vero temporibus, post acerrimas DD. contentiones, invaluit apud quam- 2

plurimos ejus opinio, et contraria, quae olim apud doctissimos ac celeberrimos Jurisconsultos obtinebat, pene obsolevit. Quocirca etsi non putem omnino repudiandam Fulgosii auctoritatem, tamen pro lege habenda non est; et ab ea facile recedendum arbitror, quomodocumque contraria voluntas testatoris ostendatur; *l. Lucius Titius* 93. §. *quaesitum* 3. *ff. de leg.* 3. Agitur enim de re controversa et plena dissensionis inter doctos. Et pro certo sumi non debet, quod dubium est, et controversum. Et voluntatis conjectura facile admittitur in fideicommissis, *l. cum proponebatur* 64. *ff. de leg.* 2. *l. quaesitum* 12. §. *sed et ipse* 43. *ff. de fund. instr.*

3 Alter error est, quod putant verba accipi improprie, et in aliena significatione, cum ea generatim prolata, non de genere summo, sed de genere infimo interpretamur. Verum non ita res est, sed multo secus. Verbum generale tam proprie refertur ad genus infimum, quam ad summum. Hoc verbum *animal* eadem proprietate sermonis comprehendit tam homines, simulque brutas animantes, quam solos homines, aut solas brutas animantes: nam vere ac proprie homines sunt animalia: itemque brutae animantes: Imo si homines, aut brutae animantes non essent vere ac proprie animalia, nec ipsum genus summum posset subsistere, et comprehendere duas hasce species, videlicet homines, et brutas animantes. Hoc amplius, plerumque verbum generale magis proprie dicitur de genere infimo, quam de genere summo atque ultimo: atque, id solet usu venire, cum aliqua species supra alias omnes excellit. Jus civile est, quod quilibet populus sibi constituit: atque adeo genus est: proprie tamen dicitur de jure civili Romanorum, et ita semper in jure nostro usurpatur §. 1. *instit. tit. de jur. natur. gent. et civil.* Urbs quoque generale nomen est, et omnes Urbes, quae usquam sunt, continet, cum ab urbo, id est, aratri curvatura, sit appellata, quo utebantur in designandis moenibus, *l. pupillus* 239. §. *urbs ff. de V. S.* quod et Servius *in primo Æneidum*, et Isidorus *lib.* 15. *orig.* confirmant: sed proprie dicitur de Urbe Roma, ut in *l. caetera* 11. §. *hoc Senatusconsultum* 6. *ff. de legat.* 1. *l.* 1. *ff. ad leg. Jul. de amb. l. relegatorum* 7. §. *constitutum* 15. *ff. de interd. et relegat. l.* 1. *in princ. ff. de off. praef. urb.* nec alia Urbs hoc nomine solet in jure nostro significari. Cognationis nomen continet cognationem naturalem, civilem, et naturalem et civilem simul. *l. non facile* 4. §. *cognationes ff. de grad. et affin.* Plerumque tamen nomine cognationis tertiam tantummodo speciem significamus, quae utroque jure consistit: nam civilis cognatio, etsi plenissime cognatio sit, proprie tamen agnatio vocatur *d.* §. *in fin.* et servilis cognatio, licet ipsa quoque cognatio sit, tamen a jure nomine cognationis non solet comprehendi *l.* 1. §. *pertinet ff. unde cognati princ. tit. instit. de servil. cognat.* Ita etiam naturalis cognatio vix ultra matrem ac fratres pro cognatione habetur, *l.* 2. *ff. eodem.* Hoc amplius tertia species cognationis, seu genus, quod subjectas habet duas species, scilicet, conjunctionem per masculos, et conjunctionem per feminas, magis proprie de hac secunda conjunctione solet usurpari *tot. tit. instit. de succ. cognat. et Novell.* 118. *in proaem. et in cap.* 4. Obligationis quoque nomen generale est, et tria genera subjecta complectitur: obligationem naturalem, civilem, et quae utroque jure consistit, naturalem et civilem. Cum autem obligatio nominatur in jure, semper hoc postremum genus significatur, vix unquam alia duo genera indicantur, ut in *tot. tit. ff. et instit. de obligat.* adeo ut obligatio mera civilis, licet in §. *praeterea instit. de except.* dicatur obligatio efficax, tamen in *l. si dari* 25. *ff. de V. O.* dicatur nulla. Itemque obligatio naturalis, quae nulla dicatur in §. *praeterea instit. tit. quib. mod. toll.*

oblig. quoad multa efficax est et utilis, ut in *l. etiam* 6. *ff. de compens.* in *l.* 1. *in fin. ff. de novat.* in *l. naturales* 10. *ff. de oblig. et act. l. Stichum* §. *aditio ff. de solut. l. stipulatus* 6. *in fin. et l. fidejussor* 16. *ff. de fidejussor. l.* 5. *ff. de pignor. l.* 1. §. *debitum ff. de const. pec. et passim.* Itaque nomine obligationis intelligitur obligatio naturalis et civilis, quia inter omnes excellit, et aliis est multo potentior; haud aliter descendentium masculorum appellatio duo habet genera subjecta: masculos descendentes a masculis, et masculos descendentes a feminis. Negari autem non potest praerogativam masculini sexus a testatore exoptatam in primo genere masculorum eminere, ac praepollere, et praeponderare masculis secundi generis; cum in illis pura sit, et simplex de masculo in masculum sine ulla feminarum mixtura producta et propagata, ordine ac serie masculorum nunquam interrupta: in his vero, mixtura feminei sexus interjecta quodammodo corrumpatur qualitas masculini sexus feminis intermixtis Ergo magis proprie conveniunt verba *descendentes masculi* descendentibus per masculos, quam descendentibus per feminas, aut descendentibus masculis in genere summo.

4 His efficitur, non recedere a propria, atque usitata significatione verborum eum, qui illa accommodat masculis ex masculo, exclusis omnino masculis ex femina: imo eum magis proprie verba interpretari, quam qui utrumque genus comprehendit. Quod si verum est, ut certe verissimum est, non recedi a proprietate sermonis verba sic interpretando, quorsum necessariae sunt tam vehementes conjecturae, quales omnino requirunt, ut recedamus a proprietate sermonis, et aliena interpretatione in alium sensum verba detorqueamus? Ego sane puto quamlibet veri similitudinem, quamlibet conjecturam sufficere, ut hanc interpretationem alteri anteponamus. Liberorum nomen generale est, et comprehendit omnes liberos, nepotes, et pronepotes, et cujuscumque gradus, et conditionis: itaque et adoptivos complectitur, *l.* 1. *in princ. ff. de bon. poss. contra tab. l.* 1. §. *liberos ff. si tab testam. nullae exstab.* et tamen in conditione *si sine liberis decesserit*, pro liberis non habentur, nec faciunt deficere conditionem ex quadam verisimili mente testatoris, *l. fideicommissum* 76. *ff. de cond. et dem.* imo et suscepti post deportationem quasi ex alio suscepti: licet ante deportationem concepti, licet postea edantur, faciunt deficere conditionem, *l. ex facto* 17. §. *ex facto ff. ad S. C. Trebell.* Naturales etiam liberorum nomine continentur, etsi fuerint in servitute suscepti, *l. Lucius Titius* 88. §. *Damae in fin. de leg.* 2. et tamen in superiore conditione, an contineantur, voluntatis quaestio esse dicitur, de qua ex dignitate, et conditione fideicommittentis judicandum est, *l. ex facto* 17. §. *si quis rogatus* 4. *ff. ad S. C. Trebell.*

Sed ad rem propius accedamus. Liberorum nomen etiam nepotes ex femina complectitur, *l. cognoscere* 56. §. 1. *ff. de V. S.* Ad excusationem tamen a tutela propter multitudinem liberorum numerantur solum descendentes ex masculis, sive masculi sint, sive feminae, *l.* 1. §. *non solum D. de excus. tut.* Item immunitas concessa posteris, in perpetuum succedentibus durat, quia tam late patet posterorum appellatio, ut exposuimus in superiore *l.* 4. *D. de jur. immun.* Ad eos tamen, qui ex feminis nati sunt, non pertinet *l.* 2. *in fin. D. eodem.* Rursus liberorum nomine etiam, qui in ventre sunt, continentur, *l. is cui* 18. *ff. qua dies leg. ced.* et tamen quod excusationem a tutela inter liberos non connumerantur, *l.* 1. §. *qui autem ff. de excus. tut.* Ex his intelligi datur, quam facile veteres amplissimum nomen liberorum restrinxerint. 5

Eadem facilitate nomen filiorum modo laxant, modo contrahunt, ejusque si- 6

gnificationem modo latissimis, modo angustissimis terminis circumscribunt. Paulus in *l. filii* 84. *ff. de V. S. filii appellatione omnes liberos intelligimus.* Non potest latius extendi. Callistratus in *l. liberorum* 220. §. *ult. ff. de V. S. filiorum appellatione omnes, qui ex nobis descendunt, contineri.* Julianus in *l. justa* 201. *ff. eodem justa interpretatione recipiendum est, ut appellatione filii, sicuti filium familias contineri saepe respondebimus, ita et nepos videatur comprehendi.* Observanda sunt verba illa *justa interpretatione*, hac enim et verba dilatantur, et restringuntur. In *l. quaesitum* 12. §. *uxores* 7. *ff. de inst. vel instrum. leg.* hujusmodi extensionis causa affertur dura separatio. In *l. Senatusconsulto.* 59. *ff. de ritu nup.* Senatusconsulto, quo cautum est, ne tutor pupillam, vel sibi nuptam collocet, etiam nepos significatur. In *l. pen. in fin. C. ad S. C. Macedonian.* Senatusconsulti auxilium licet filii familias meminerit, et ad nepotes pronepotes porrigitur. Contra Ulpianus in *l. quid si nepotes ff. de testam. tut.* caeterum si filios dixit, non continebuntur nepotes: aliter enim filii, aliter nepotes appellantur. Iisdem fere verbis idem statuit Imperator in §. *ult. inst. tit. qui testamen. tut. dar. possint.* Multo angustius hoc nomen coarctabat Labeo, qui nec filium quidem libertinum nomine filii putavit comprehendi, cujus sententiam probat Javolenus, nisi appareat testatorem de hoc fuisse locutum, *l. ult. ff. de jur. deliber.*

Idem juris est in familiae significatione, quae in usu juris modo restricte, modo laxe accipitur. Quam late pateat, copiose explicatur tum in *l. pronunciatio* §. *familiae* 195. *ff. de V. S.* tum in *l. ult. C. eodem* Comprehendit enim et liberos homines, qui sunt ejusdem familiae, et servos et libertos, et generum etiam ac nurum, *d. l. ult.* Fest. Pompejus. *Familiae antea in liberis hominibus dicebantur, quorum dux, et princeps generis, pater, et mater fam. unde familiae nobilium Pompiliorum, Valeriorum, Corneliorum: postea hoc nomine etiam famuli appellari caeperunt, permutata l cum V litera.* Et Ulpianus in *l. detestatio* 40. §. *familiae ff. de V. S.* familiae appellatione liberi quoque continentur. Contra in *l. pronuntiatio in fin. ff. eodem.* familiae nomine soli liberi continentur. At vero in *l.* 2. §. *haec actio* 14. *ff. vi bon. rapt.* soli servi comprehenduntur. In edicto Praetoris de publicanis familiae nomen, et servos et liberos, qui sunt in ministerio publicani continet, *l.* 1. *in princ. juncto* §. *familiae ff. de public. et l. sed et hi* 13. *ff. eodem.* In edicto autem de vi ad servos refertur *l.* 1. *in princip. juncto* §. *familiae* 16. *ff. de vi et vi arm.* Item in edicto de albo corrupto, *l. si familia* 9. *ff. de jurisdict.* et in edicto de furtis, *l.* 1. *ff. si famil. furtum fec. dicat.* quod et ad damnum injuria datum extendit Cajus in *l. illud quaesitum* 32. *ff. ad l. Aquil.* Item in S. C. Sillan. *l* 1. *ff. de S. C. Sillan.* Eadem significatio in *l. quod ait.* 31. *ff. de nox. act.* Contra vero in legatis hoc verbo significabant personas liberas ejusdem nominis, seu agnationis, ut in *l. omnia* 32. §. *ult.* in *l. unum ex familia* 67. *fere per tot. in l. peto* 69. §. *fratre*, *et* §. *ult. ff. de leg.* 2. et in *l. filius fam.* 114. §. *cum pater* 15. *ff. de leg.* 1. et passim: Cum vero fideicommissum a patrono relinquitur liberto, familiae nomine intelliguntur ejus liberti, quotquot fuerint, ut in *l. cum pater* 77. §. *cum inter* 28. *ff. de leg.* 2. Eadem quoque varietas est apud latinos auctores, qui hoc nomine varios sensus explicant. Familiam pro servis, et libertis dixit Cicero pro Sext. Rosc. *cap.* 8. *Tamen in tanta felicitate nemo potest esse in magna familia, qui neminem, neque servum, neque libertum improbum habeat:* et infra *cap.* 46. *Familiam vero quantam, et quam variis cum artificiis habeat, quid ego dicam?*

Mitto hasce artes vulgares, coquos, lecticarios: animi et aurium causa tot homines habet, ut quotidiano cantu vocum, et nervorum, et tibiarum, nocturnisque conviviis tota vicinitas personet. Corn. Nep. in vita Pomponii Attici *cap.* 13. *Usus est familia, si utilitate judicandum est, optima: si forma, vix mediocri.*

Familiam pro stirpe generis accepit idem Cicero in orat. pro Rabir. Post. *cap.* 1. *Cum sit hoc generi hominum prope natura datum, ut, qua in familia laus aliqua forte floruerit, hanc fere, qui sunt ejus stirpis, cupidissime persequantur.* et pro Muren. *cap.* 7. *Sin autem sunt amplae et honestae familiae plebejae; et proavus: Murenae, et avus, praetores fuerunt, et pater, etc.* Non minus variant in numero personarum. Nam Paulus *lib.* 5. *sent. tit.* 6. §. 5. *Familiae autem nomine etiam duo servi continentur.* Contra Ulpian. in *l.* 1. §. *familiae ff. de vi, et vi arm. Familiae autem appellatio servos continet: sed quaeritur, quem numerum servorum contineat, utrum plurium, an vero duorum, vel trium: sed verius est in hoc interdicto, etiamsi unus servus vi dejecerit, familiam videri dejecisse.* Haec duo responsa eleganter conciliari possunt verbis Ciceronis in orat. pro A. Caecin. *cap.* 19. *Quid enim facilius est, quam probari iis, qui latine sciant, in uno servulo familiae nomen non valere?* et deinceps. *Si ad rem judicandam verbo ducimur, non re: familiam intelligamus, quae constet ex servis pluribus; quin unus homo, familia non sit. Verbum certe hoc non modo postulat, sed etiam cogit. At vero ratio juris interdictique vis, et praetorum voluntas, et hominum prudentium consilium, et auctoritas, respuat hanc defensionem, et pro nihilo putet*: et deinde: *Ut servos non numero distinguant, sed appellent uno familiae nomine.* Reliqua exempla, quae passim occurrunt in jure nostro, silentio praetermitto, in quibus nomen generis summi aptatur subjecto generi, et ad ipsum restringitur. De his enim supra diximus luculenter, ubi de verborum generalium interpretatione satis copiose disputavimus, quae si huc transferantur, dilucide apparebit, quam faciles esse debeamus ad coarctandam masculorum vocationem ad masculos ex masculis. Atque hoc eo facilius in proposita controversia est admittendum, quod eo ducunt omnes conjecturae.

Prima est, quae, ni fallor, egreditur 8
conjecturae terminos, quod aut testator ad excludendas feminas, et vocandos masculos adductus est ea de causa, quia feminae sunt finis familiae: aut quia sexum masculinum prae femineo dilexit. Si primum; explorati juris est, exclusos esse masculos ex feminis: quia ipsi non solum sunt caput, et finis familiae, ut est femina eorum mater, *l. pronuntiatio* 195. *in fin. ff. de V. S.* sed etiam sunt prorsus familiae alienae: mater enim licet sit caput, seu origo alienae familiae, non tamen est in familia aliena, filius vero est in aliena familia, et particeps non est ejus familiae, cujus est mater: ergo si mater hac de causa fuit exclusa, multo magis ejus filius. Si vero secundum; pariter verosimile est, testatorem eum excludere voluisse: nam licet et in ipso insit qualitas sexus masculini, quam testator unice dilexit; tamen ea magis eminet in masculis ex masculo, cum in his merus sit, et purus sexus masculinus, in illo vero sit feminae admixtione concretus: adeoque praesumi debet, hunc sexum masculinum merum, et purum, et supra alium excellentem magis fuisse dilectum a testatore. Praeterquam quod si testator sexum masculinum dilexit, amoto penitus feminino, quid rei est, cur putemus, eum dilexisse solum in generato, non autem in generante? Plane series illa continuata descendentium masculorum, quam testator praedilexit, luculenter demonstrat, eum habuisse affectionem erga masculos non interrupto ordine sibi suc-

cedentes: at sicut voluit fideicommissum progredi semper de descendente in descendentem, ita verisimile est, eum voluisse omnes illos descendentes habere annexam qualitatem sexus masculini, ita ut de masculo in masculum progrediatur, nulla femina intermixta, quae continuam illam seriem et ordinem masculorum interrumpat.

Neque me movet, quod etiam masculi ex feminis sint vere masculi, adeoque propria contineantur ipsi quoque masculorum appellatione. Etenim, ut supra demonstratum est, quoties genus, plura genera inferiora, aut species subjectas habet, inter quas una aliqua eminet, aut aliqua ratione vel affectione disponentis praecellit et praevalet aliis, plerumque ea sola significatur, licet nomen generis fuerit usurpatum. Ecce: legitima hereditas est tam ea, quae ex testamento, quam ea, quae obvenit ab intestato: nam ea quoque quae testamento datur, lege, ac jure nobis obvenit *l. lege obvenire* 130. *ff. de V. S. l.* 1. *ff. de petit. hered.* Verumtamen quia haec a lege confirmatur, illa ab ipsa lege dat r; ac propterea in illa praevalet qualitas legitima, fere semper nomine legitimae hereditatis intelligimus hereditatem ab intestato, *l. item veniunt* §. *licet autem ff. de petit. hered. l. in arenam* 11. *C. de inofficioso testam. l.* 2. *C. de Carbon. ed. tot. tit. instit. de legit. agn. succ. et ubique passim.* Nomen quoque institutionis continet et institutionem primi heredis, et institutionem secundi heredis, hoc est, substitutionem, *l. mulier* 20. §. *ult. ff. de cond. instit. et l. Lucius Titius* 53. *in fin. ff. de hered. inst.* et tamen nomen institutionis simpliciter et absolute pronunciatum de institutione primi gradus fere semper accipitur *d. l. Lucius Titius in fin. et in tot. tit. ff. de hered. instit.* in quo semper agitur de institutis primo gradu: nam de institutis secundo gradu, hoc est, substitutis agitur in *titul. de vulg. et pupill.* Amplius dico, heredis nomen valet in quocumque genere heredum, et tamen si pater dixerit: *quisquis mihi heres erit, idem impuberi filio heres esto*: non omnis, qui patri heres extitit, sed is, qui ex testamento heres extitit, substitutus videtur: et ideo neque pater, qui per filium, neque dominus, qui per servum extitit, ad substitutionem admittetur, neque heredis heres *l. qui liberis* 8. §. *ult. ff. de vulg. et pup.* Quid ita? an non adjectum est signum universale, *quisquis*, quod omnes omnino heredes comprehendit? sic sane; sed affectio testatoris restringit genus, et signum universale, ad eum solum heredem, qui venit ex judicio testatoris *d. l. in fin.* Haud aliter, qui jussus est heredi dare, non debet dare heredis heredi *l. sub diversis in fin ff. de cond. et dem.* licet heres heredis sit heres testatoris *l. ult. vers. et hoc C. de hered. instit.* nec potest dari heredi, cui ex Trebelliano restituta est hereditas *l. qui heredi* 44. §. *cum hereditas ff. de cond. et dem.* Fortius urget text. in *l. ex facto* 17. *in fin. ff. ad S. C. Trebell. si quis ita fideicommissum reliquerit:* fidei tuae, fili, committo, ut si alieno herede moriaris, restituas hereditatem Sejo: *videri eum de liberis sensisse Divus Pius rescripsit.* Avunculus certe non est alienus heres, et tamen hic pro alieno habetur, sicut et frater, et alii vel proximi agnati. Scilicet propter praesumptam affectionem testatoris erga liberos, hi Sejo postponuntur, qui fortasse erat extraneus.

Confirmatur superior conjectura, alia 10
conjectura, seu potius argumento validissimo. Unusquisque habet singularem affectionem erga propriam familiam, vel heredis quem instituit: sed descendentes a femina sunt extra familiam, sunt alieni, ergo non praesumuntur vocati. Alieni dicuntur etiam proximi agnati quoad extraneum ex laudata *l. ex facto:* ergo multo magis masculi ex femina quoad masculos ex masculo: hi enim sunt agnati et ejusdem familiae: illi co-

gnati, et familiae alienae, *l. pronunciatio* 195. *in fin. D. de V. S.* Atque, ut hunc locum diutius urgeam, observo Modestini responsum in *l. cum ita legatur* 32. §. *ult. D. de leg.* 2. Nomen familiae varie lateque patet, ut modo dicebamus: et tamen fideicommissum familiae relictum restringitur ad eos, qui sunt ejusdem nominis: ergo multo magis nomen masculorum, quod non tam varie neque tam late patet, restringi debet ad masculos ejusdem nominis, ac familiae. Neque hoc leges abhorrent: nam Justinianus in §. *caeterum instit. tit. de legit. agnatorum success.* masculorum nomine semper intelligit agnatos: et Scaevola in *l. Gallus* §. *et videtur primum* 12. *D. de liber. et post.* descendentes masculos ex masculis dicit esse omnes virilis sexus: Et Ulpianus in *l.* 2. §. *agnato D. de suis, et legit. hered. Agnati sunt cognati virilis sexus ab eodem orti.* Satis expressisse conjunctionem per masculos putavit illis verbis, *virilis sexus.*

11 Denuo confirmatur animadvertendo, quod testator ad feminas excludendas, et vocandos solummodo masculos adductus est aut propter publicam, aut propter privatam et propriam utilitatem. Publica utilitas exigit, ut familiae conserventur, earumque splendor per facultates et opes augeatur: idque certissimum esse nostri legislatores existimaverunt, ac propterea vocarunt agnatos, cognatis exclusis, et suos heredes, exclusis aliis liberis, *tot. tit. instit. de hered. quae ab int. et de legit. agn. succ.* Et licet Justinianus feminarum fautor; et patronus hanc politicam rationem reprobarit: tamen subsequentes legislatores omnium fere civitatum, veterum vestigia suis statutis sunt persecuti. Privata quoque utilitas idem exigit: cum nostra intersit, nobisque expediat, familiae nostrae splendorem conservari et amplificari, idque prudentes semper desiderent. Quod in casu nostro prudens testator ostendit excludendo feminas, adeoque etiam a feminis progenitos: satis enim absurdum est, ipsa origine sublata, ejus imaginem derelinqui, ut ait Imperator in *l. unic. in princ. C. de Lat. libert. toll.*

Postremo sic interpretando mentem testatoris, prudens ejus consilium animadvertitur, ut loquitur Scaevola in *l. Lucius* 85. *in fin. D. de hered. instit.* Maximo argumento est, quod omnes populi, qui prudentia supra caeteros excelluerunt, a feminis progenitos excluserunt a successione. De Romana Rep. satis constat, qua regendae civitatis scientia, et administrandi prudentia nulla excellentior, quae publice expedire putavit, ordinum dignitatem familiarumque salvam esse, *l.* 1. §. *Sed etsi* 13. *ff. de inspic. ventre.* Non aliter apud Athenienses populum prudentissimum αρρενες ἐξ αρρενων masculi ex masculis vocabantur: luculenter hoc jus successionis masculorum ex masculis exponit Demosthenes *orat. in Macartatum et orat. in Leocharem*, et Isaeus *in orat. de heredit. Apollodori et de hered. Hagniae.* Quid multa? Deus ipse, audita querela filiarum Salphaad, precantium, ne nomen et familia patris extingueretur, respondit Moysi: justam rem postulant filiae Salphaad: legemque posuit, ut filiae quidem deficientibus filiis masculis succederent: omnes tamen cognatos materni generis amovit a successione, *Numer. cap.* 27. 6. *et seqq. et ibi Grotius.* Quid igitur argumenti est, aut rationis, quamobrem ab interpretatione plena consilii atque prudentiae recedamus? 12

CAPUT XXIX.

De conjecturis praeced. quaestion.

SUMMARIUM.

I. Contemplatio agnationis est probatio evidens exclusionis descendentium feminarum.
II. Ad excludendos feminarum descendentes sufficit, qualitatem masculinam ex masculo requisitam esse in filiis et nepotibus heredis instituti.
III. Ab aliis legatis antecedentibus vel consequentibus ducitur conjectura ad interpretandum legatum.

IV. Posthuma comprehenditur in legato filiarum, si in aliqua testamenti parte posthumae mentio facta sit.
V. Incongruens est, ut verbum in una parte laxius in alia strictius intelligatur; et n. VI. VII. VIII.
IX. Juxta opinionem contrariam posset evenire, ut remotior ad successionem admitteretur, proximiore excluso.
X. Triplex vocatio masculorum ex masculis non est necessaria ad excludendos masculos ex femina.
XI. Vocatis filiis masculis cujusdam, et eorum descendentibus masculis, excludi descendentes feminarum.
XII. Masculi ex feminis in una linea exclusi, in alia quoque exclusi censentur.
XIII. Idem est, si expresse excludantur in parte conditionali.

1 Lubrica sane, et periculosa quaestio est de admittendis, vel excludendis descendentibus feminarum: adeo ut in quamcumque partem inclinaveris, facile inde retrahi possis. Quamobrem in superiore demonstravimus, solas conjecturas sufficere, easque non admodum graves, ut a communi sententia retrahamur, et ad contrariam inclinemus. Quidam potissimam conjecturam esse arbitrantur, quae ducitur ex contemplatione agnationis. Sed haec non est simplex conjectura: verum evidens, et potentissima probatio, quae necessariam affert consecutionem. Nam si agnati sunt cognati, qui per virilis sexus personas junguntur, §. 1. *instit. tit. de legit. agnat. tut.* §. 1. *de legit. agnat. success. l. sunt autem* 7. *ff. de legit. tutor. l. non facile* 4. §. 1. *et* 2. *l. jurisconsultus* 10. §. 2. *et* 4. *ff. de grad. et affin.* consequens est, eum, qui voluit vocare ad successionem agnatos, voluisse excludere descendentes feminarum, qui agnati non sunt, sed cognati.

2 Ergo firmam, et indubitatam conjecturam, quae sola sufficiat ad excludendos feminarum descendentes, esse arbitror, si testator initio masculum vocaverit, et deinceps ejus filios masculos, et ex eis descendentes masculos in infinitum. Nec dubito, in caeteris descendentibus a testatore fuisse requisitam eamdem qualitatem masculinam, quae fuit requisita in filiis et nepotibus: nempe ut sint masculi ex masculis. Quamvis enim hoc verbum *masculi* in lata significatione, ac tota sui amplitudine comprehendat etiam masculos ex feminis: tamen in proposito exemplo restringitur ex antecedentibus, facta collatione ad strictam significationem, in qua proxime fuit usurpatum. Atque haec est recta, et a legibus approbata, et ratione confirmata interpretatio. Ex antecedentibus enim, et consequentibus elicitur sententia scribentis, et emergit veritas, obducta ambiguitate verborum, *l. heredes* 21. §. 1. *vers. sed etsi notam ff. qui testam. fac. pos. l. quaesitum* 12. §. *Papinianus quoque* 45. *ff. de instr. vel instrum. l. nummus* 75. *in fin. ff. de leg.* 3.

3 I. Probatur ex *l. si servus plurium* 50. §. *ult. D. de leg.* 1. ubi si numerus nummorum legatus sit, nec appareat, de quibus nummis senserit testator, earum, quae praecedunt, et quae sequuntur, summarum scripta spectanda sunt. Ducitur hic conjectura ab aliis legatis, quae vel antecedunt, vel sequuntur: quanto magis si in eodem legato, eademque periodo, eademque conceptione verborum testator declaraverit, de qua specie senserit?

4 II. Idem Ulpianus in *l. qui filiabus* 17. *in princ. D. de leg.* 1. *Qui filiabus legavit, si mentionem aliqua parte testamenti posthumae fecit; videtur in filiarum legato, et de posthuma sensisse.* Filiorum nomen etiam posthumos comprehendit, quia in his, quae ad commodum eorum pertinent, pro jam natis habentur, *l. qui in utero* 7. et rursus, *l. qui in utero* 26. *D. de stat. hom. l. cum quidam* 30. §. 1. *in fin. D. de acquir. vel om. hered.* et ideo, qui filiis tutorem dat, etiam posthumis dedisse videtur, §. *cum autem* 4. *inst. tit. de tutel.* §. *ult. inst. tit. qui test. tut. dar. pos. l. nomen filiarum* 164. *D. de V. S.* Sed in legato relicto filiabus non continetur posthuma, quia legatum relinquitur ob meritum, *l. nec*

adjecit 9. *D. pro soc.* nec ullum meritum considerari potest, in eo, qui nondum est in rerum natura; sicut nec demeritum, *l. si quis suo* 33. *in fin. C. de inoff. testam.* Quare non videtur testator de posthuma cogitasse: sed si aliqua testamenti parte posthumae fecerit mentionem, de ea cogitasse conjicit Jurisconsultus. Et sic ducitur conjectura ab alia parte testamenti: quanto magis credendum est, testatorem cogitasse de masculis ex masculis, si in eadem parte, eademque dispositione de illis disposuerit, masculos ex masculis vocando. Idem traditum in *l. quaesitum* 12. §. *Papinianus quoque, antepenult. D. de fund. instr.* Ibi: *nisi ex alia parte, et de servis eum cogitasse apparuerit.*

Idem in *l. nummis* 75. *in fin. D. de leg.* 3. nummis indistincte legatis, illi legati videntur, qui ex contextu testamenti possunt apparere legati. Idem in *l. qui non militabat*, 78. §. 1. *in fin. D. de hered. inst.* Ibi: *quod veteres nummis Titio legatis, nummorum specie non demonstrata, caeterorum legatorum contemplatione receperunt.*

Haec igitur est norma juris, haec regula minime fallax, ad quam omnis interpretatio voluntatis est dirigenda, ut verba intelligamus, et exponamus secundum intelligentiam, sensumque testatoris. Intelligentia autem, sensusque testatoris certo deprehenditur ex aliis locis, in quibus eadem verba testator usurpavit. Quod si in eadem dispositione, eademque periodo, eorumdem verborum conceptione, qua in significatione verbum aliquod acceperit testator, appareat; nulla est controversia, quin semper in eadem significatione verbum illud pluries a testatore repetitum, sit accipiendum.

5 III. Concurrit eodem et illa omnibus nota, ac pervulgata regula: quod determinatio respiciens plura determinabilia, ea pari modo determinat, *l. jam hoc jure* 4. §. *sed si alter D. de vulg. et pup.* Ibi: *quia incongruens est, ut idem verbum in altero duplicem, in altero unicam contineat substitutionem.* Incongruens igitur est, ut idem verbum *masculi* in filiis, et nepotibus contineat solum masculos ex masculis; in aliis autem descendentibus contineat tam masculos ex masculis, quam masculos ex feminis. Sed quam vim, quod pondus habeat haec regula, et quando obtineat, suo loco diligenter expendimus, unde petenda sunt ea, quae huc pertinent.

IV. Sed omissis generalibus probationibus, speciatim id probatur auctoritate 6
Pauli in *l. nam quod liquidum* §. *ult. ff. de penu leg. Si ita scriptum sit: omnem penum praeter vinum quod Romae erit: sola penus, quae Romae est, legata videtur: et ita Pomponius lib. 6. ad Sabinum scribit.* Restrictio illa *quod Romae erit* licet adjecto sit solummodo vino, tamen restringit etiam penum adeo, ut legato contineatur solummodo penus, que Romae erit.

V. Confirmat idem Paulus in *l. Sejae* 20. §. *Gajo Sejo ff. de instr. vel* 7
instrum. leg. Gajo Sejo alumno meo fundos meos illum et illum, ita ut instructi sunt, et domum superiorem dari volo: quaesitum est, an etiam domum instructam dari voluerit: respondit, secundum ea, quae proponerentur ita videri dedisse, nisi is a quo peteretur, aliud testatorem sensisse manifeste doceret. Observa, quod onus probandi contrarium incumbit heredi, qui non solum contrarium debet probare, sed id manifeste docere debet.

VI. Fortius urget Proculi et Labeonis 8
auctoritas in *l. ult.* §. 1. *et* 2. *ff. de trit. vin. et ol. leg. Cui dulcia legata essent, si nihil aliud testamento significetur, omnia haec esse legata, mulsum, passum, defrutum, et similes potiones: item uvas, ficus, palmas, caricas.* Ergo legato dulcium, non solum ea continentur, quae potui sunt, sed etiam, quae esui. Subdit tamen Proculus: *quod si ita esset legatum: vinum amphorarium, Aminaeum, Graecum, et dulcia*

omnia: nihil inter dulcia, nisi quod potionis fuisset, legatum putat Labeo, quod non improbo. Nomen dulcium, quod est generale, comprehendens non solum potiones, sed etiam esculenta, restringitur ad solas potiones ex sola vini collatione, quod antecedenter fuit legatum. Nec impedit hanc restrictionem verbum illud adjunctum *omnia*, quod est universale, et videri potest adjectum ad comprehendenda non solum potui destinata, de quibus mentionem fecerat, sed etiam esui. Quanto magis igitur in casu nostro, in quo nullum verbum universale fuit adjunctum; neque enim dixit testator *omnes descendentes masculos:* quod etsi adjecisset, tamen ex hac lege facile probaretur, non comprehendi masculos ex feminis, facta collatione masculorum ex masculis, qui antea vocati fuerunt. Maxime quia verbum illud, *omnes*, adjectum est descendentibus, non vero masculis: itaque significat admittendos quidem esse omnes descendentes, dummodo tamen habeant illam qualitatem, quam in primo vocatis desideravit testator: videlicet, ut sint masculi ex masculis.

9 VII. Si cum adversariis sentiamus, sequitur, ut pronepos ex nepte excludat nepotem ex filia primo vocati: quo nihil ineptius aut absurdius dici potest, aut existimari. Fingamus enim, Titium primo substitutum, praeter filios masculos etiam filias feminas post se reliquisse: et ad hereditatem ex substitutione concurrere nepotem ex filia, cum pronepote ex nepte. Utique nepos ex filia ad hereditatem admitti non potest, quia testator instituit Titium, et ei substituit filios masculos, et ex eis descendentes masculos: quamobrem nepos ex filia Titii non potest succedere, quia non descendit a filiis masculis: contra pronepos ex nepte succedet eo excluso, quia est masculus, et a filiis masculis descendit. Quis autem adeo bardus sit ac stupidus, ut putet testatorem voluisse excludere nepotem proximiorem, et ex filia sibi bene cognita natum: eique anteferre pronepotem remotiorem, genitum ex nepte sibi plerumque incognita; atque adeo minus dilectum anteponere magis dilecto: imo alterum omnino excludere, alterum vero admittere? sane id verisimile non est: et quod verisimile non est, in interpretanda voluntate testatoris rejiciendum est, *l. Publius* 36. *in fin. D. de cond. et dem.* Imo est omnino absurdum, ut diximus, et quod absurdum est, nulla lex probat, *l. filius fam.* 114. §. *sed si Titii* 4. *ff. de leg.* 1. *l.* 1. §. *si pater* 6. *ff. de coujung. cum emanc. liber. l. si in diem* 46. *ff. de cond. et dem. l.* 1. §. 1. *ff. de servo corrup. l. deposui* 38. § *Stichum in fin. ff. de pecul. l. quid tamen* 21. §. *sed si* 11. *in fin. ff. de rec. arbitr. l. libertus* 36. *ff. de bon. lib. l. sive hereditaria* 22. *in fin. ff. de negot. gest. l. ait praetor* 7. §. *quid sit D. de jur. delib.* Et si, quod verisimile est, ab eo, quod verba sonant, discrepare videatur; potius id quod verisimile est, quam quod verba sonant, probandum est: laudata *l. Publius* 36. *in fin. D. de cond. et dem.* in qua ad rem nostram deciditur, verisimile non esse, quod testator voluerit plus habere secundo loco substitutum, quam substitutum primo loco, quem magis dilexit.

Nec mutat, quod idem eveniat, exclusis descendentibus feminarum, quia illi quamvis proximiores excluduntur omnino a remotioribus masculorum descendentibus. Frigidum enim est, et futile hujusmodi argumentum: quia testator non solum non dilexit ex aequo descendentes masculorum, et feminarum: sed hos ne dilexit quidem cum eos non vocaverit ad hereditatem. Dilexit masculos ex masculis, dilexit familiam substituti, qua non continentur descendentes feminarum, *l. pronunciatio* 195. *in fin. et l. seq. in fin. D. de V. S.*

His probe constitutis, quae nulla cujusquam auctoritate convelli possunt, ap- 10

paret, falsam esse opinionem eorum, qui putant triplicem vocationem masculorum ex masculis esse necessariam: videlicet ut vocati sint filii masculi ejus, qui primo loco substitutus est, et deinceps nepotes masculi, et eorum descendentes masculi. Quorsum haec toties repetita masculorum nominatio sit necessaria, non intelligo, cum argumenta, quae modo congessimus, perspicue probent, etiam duplicem vocationem excludere masculos feminarum descendentes.

11 Nec illud probo, quod quidam docti definierunt, non excludi descendentes feminarum, si vocati fuerint filii masculi alicujus certae personae, et eorum descendentes masculi. Nam contrarium suadent omnia fere argumenta, quibus sententiam nostram supra confirmavimus. Sed nostros Jurisconsultos in errorem induxit falsa opinio, quam in superiore confutavimus argumentis nihil dubii relinquentibus, quod ad excludendos masculos ex feminis requirantur conjecturae certae, atque indubitatae, quae rem oculis subjiciant.

12 Secunda conjectura ad excludendos feminarum descendentes, efficax est, ut mea fert opinio: si testator duas lineas substituerit, et in prima vocaverit masculos, ita ut appareat, eum exclusisse masculos ex feminis: nam tunc etiam in secunda linea, quae deinceps est substituta, masculos ex feminis exclusos esse censerem: quia constat masculorum nomine testatorem indicare voluisse masculos ex masculis; et de his solis cogitasse: hos tantummodo in mente habuisse. Ad hoc probandum adduci possunt pleraque ex superioribus argumentis: maxime vero responsum Ulpiani in *l. qui filiabus* 17. *ff. de legat.* 1. quo solo haec controversia deciditur.

Confirmari etiam potest alio gravissimo argumento. Nam si in linea primo vocata: quam testator praedilexit, excluduntur masculi ex feminis: multo magis verisimile est, eos exclusos fuisse in linea secundo loco substituta, quam testator minus dilexit, et primae posthabuit, *l. Publius* 36. *in fin. ff. de condit. et demonstr.*

Item si in secunda linea admitterentur masculi ex feminis, illud eveniret, quod masculi ex feminis hujus lineae, quam minus dilexit testator, minus honoravit, primae postposuit, excluderent masculos ex feminis primae lineae, quam testator magis dilexit, magis honoravit, huic anteposuit: quod utique verisimile non est. Substitutus enim non debet esse melioris conditionis, quam institutus: nec plus habere secundo loco vocatus, quam vocatus primo loco, *l. Publius* 36. §. 1. *ff. de cond. et dem.* ubi JC. propter hanc conjecturam recedit a verborum significatione. Ibi: *et verba quidem videntur repraesentare fideicommissum: sed non est verisimile, ut maturius testatrix voluerit ad substitutos id transferre.* Idem paulo ante: *Etenim videri contra voluntatem testatricis, repraesentationem fideicom. desiderari, ut amplius ad substitutos perveniat, quam ad puerum pervenire potuisset.*

Tertia conjectura duci potest a parte conditionali: Testator instituit Cajum, eique substituit ejus filios, masculos, et ex eis descendentes masculos in infinitum. Deinde subjecit aliam substitutionem his verbis: *Deficiente prorsus linea masculorum ex masculis Caji, substituto Titium, ejusque filios masculos, et ex eis descendentes masculos in infinitum.* Prima substitutio seu institutio Caii nihil habet dubitationis, quin vocati fuerint ejus descendentes masculi ex masculis, exclusis semper descendentibus ex feminis, cum ipse testator perspicue id declaraverit in adjecta conditione: ac propterea opus non est confugere ad conjecturas: clara enim est et certa mens testatoris. De substitutione etiam Titii vix ulla potest esse controversia, cum in superiore, et antecedente conditione testator exposuerit, qua in significatione nomen masculorum expresserit, et dilucide ostenderit, se nomina- 13

masculorum comprehendisse solummodo masculos ex masculis. Talis enim scriptura non solum ad praecedentem substitutionem pertinet, sed ad omnem, quae in eo testamento scripta fuerit, extenditur: ut ait Ulpianus in *l. talis scriptura* 30. §. *ult ff. de leg.* 1. praeterquam quod verba semper interpretanda sunt secundum mentem testatoris ea proferentis, *l. cum quidam* 21. *ff. de legat.* 2. *l. cum de lanionis* 18. §. *item cacabos* 3. *versic. optimam ff. de instr. l. instrum.* maxime in fideicommissis *l. fideicommissa* 11. §. *si quis certum l. quisquis* 95. *ff de leg.* 3. *l. heredes mei* 57. *ff. ad S. C. Trebell. l. pen. ff. de leg.* 1. *l. cum virum C. de fideic.*

Reliquas conjecturas, quae a nostris afferuntur, praetermittimus; facile enim de illis judicium ferre poterit, qui hactenus a nobis exposita accurate perpenderit, et infixum animo tenuerit, quod in superiore demonstravimus, in eam sententiam, quae favet masculis ex masculis, propensos non esse debere: non autem ab ea, ut plerique, sine ulla ratione faciunt, abhorrere.

CAPUT XXX.

Ad L. cum quid. 3. *ff. de reb. cred:*

SUMMARIUM.

I. Scribendi occasio.
II. Quod a lege constitutum est, aut est de natura actus, nihil refert, ut exprimatur; et n. III.
IV. Verissima regula: eadem vis expressi, ac taciti: plures habet exceptiones.
V. Quod lex praecepit expresse fieri, si tacite fiat, inutiliter fit.
VI. Si repugnet natura actus, qui expressum respuat non tacitum, expressum nullam vim habet. Exempla et n. VII. VIII. XIV.
IX. Si tacitum et expressum dissimilia contineant, eamdem vim non habent.
X. Conditio *cum volueris* differt a conditione *si voles*.
XI. Tempus incertum differt a conditione.
XII. Verba *si aestimaveris* differunt a verbis *si volueris*.
XIII. Si verba ex legis interpretatione diversum quidpiam contineant, tacitum et expressum, non habent eumdem effectum. Exempla et n. XIV. XV.

1 Est omnium Jurisconsultorum sermone celebratum: *taciti et expressi eadem virtus est:* quod tamquam axioma certissimum hujus auctoritate legis enuntiant. Sed ejus interpretationem, rationemque nec explicare, nec distincte explanant, imo ampliationum, et limitationum involucris obscurant et obruunt, et obscuris dilucida, vera falsis involvunt. Ego quantum potero, cuncta distincte, illuminate, abundanter explicabo.

2 Quotiescumque aliquid aut a lege fuit constitutum, aut est de natura actus, qui geritur, nihil refert utrum disponens illud exprimat, an tacitus omittat. Lex enim id praecipit etiam praeter voluntatem hominis, nec indiget expresso ejus consensu, sed sui ipsius nititur auctoritate, *l.* 2. *et l. legis virtus D. de legib.* Quod autem est de natura actus, id voluisse intelliguntur, qui actum gesserunt, nisi contrariam voluntatem declaraverint. Exemplis haec uberius explicabo. De natura mutui est, ut aeque bonum reddatur: reddi enim non videtur res, si deterior reddatur. *l.* 3. §. 1. *D. commod.* Idcirco nihil refert utrum caveat, an non caveat, sibi reddi aeque bonum: id enim pro cauto habetur a lege, nisi contra nominatim caverit, nostra *l. cum quid mutuum D. de reb. credit.* De natura emptionis est, ut venditor de evictione teneatur: cum enim lex eum non obliget ad transferendum dominium rei venditae, sed solum ad praestandam vacuam possessionem, et ut emptori habere liceat rem emptam, *l. venditor* 8. *D. de evict.* huic consequens est, ut de evictione teneatur, *l. ex empto* 11. §. 1. *et* 2. *D. de act. empt.* Idcirco etsi nihil hac de re cautum fuerit, nihilominus tenetur, *l. in vendendo* 66. *in princ. D. de contr. empt.* Eadem ratione cum venditor teneatur duplam stipulanti promittere, *l. emptori* 37. *in princ. D. de evict.* tenetur etiamsi eam non promiserit, *l.* 2. *D. eod.* simile exemplum in *l. quod si nolit*

31. §. *quia assidua* 20. *D. de aedil. edict.* Lex enim operatur citra voluntatem contrahentium, et servari oportet, quod ipsa praecepit, nisi quis ei expresse renunciaverit. Recte Severus, et Antoninus in *l.* 3. *in fin. C. de fidejuss.* responderunt, plures fidejussores gaudere beneficio divisionis ab Adriano concesso, licet in solidum expresse se obligaverint. Ibi: *tamen haec res nihil mutat conditionem juris, et constitutionem. Nam, et cum hoc non adjiciatur, singuli tamen in solidum tenentur: sed ubi sunt omnes idonei, in portionem obligatio dividitur.* Cum adjicitur id, quod inest auctoritate legis, nihil additur, aut detrahitur obligationi.

3 Veniamus ad ultimas voluntates. Si plures instituantur heredes sine partibus, lex omnibus aequas tribuit partes, *l. quoties* 9. §. *heredes* 12. *D. de hered. inst.* §. *si plures* 6. *inst. tit. eod.* In legato pluribus relicto pariter aequae partes servantur, *l. legata* 19. §. *ult. D. de legat.* 1. Sive igitur testator aequas partes reliquerit, sive partes non distribuerit, semper idem jus, nisi aliud expresserit, et inaequales partes fecerit, ex laudatis *ll.* Alia exempla passim occurrunt. De conditionibus aliquid adjiciamus, quarum difficilior est investigatio. De his ita decernit Paulus in *l. conditiones* 99. *D. de cond. et demonst. Conditiones extrinsecus non ex testamento venientes, id est, quae tacite inesse videntur, non faciunt legata conditionalia.* Hujusmodi sunt conditiones, quae tacite insunt, vel legis potestate, vel natura rei relictae. Hae autem sive nominatim adjiciantur, sive non adjiciantur, legatum non faciunt conditionale; exemplis rem explico. In legatis, aliisque, quae in testamento relicta sunt, inest tacite conditio: si hereditas adeatur: ea non adita, intercidunt omnia, *l. eam quam C. de fideicomm.* Haec tamen conditio non facit legata conditionalia, sive ea tacite insit ex vi legis, gis, sive etiam a testatore fuerit adjecta: ideoque legati dies statim cedit, et moriente legatario ante aditam hereditatem transit ad ejus heredes, *l. heredis aditio* 7. *in princ.* et in §. *tractari l. cum illud* 25. *in fine D. qu. di leg. ced. et l. si Titio* 22. *D. eod.* Aliud exemplum in hereditate, quod dilucide explicatur in *l. Cornelius* 68. *D. de hered. inst.* Idem prorsus evenit in conditione, quae taeite inest ex natura rei legatae. In legato fructuum inest tacita conditio, si fructus nascantur: in legato partus, si nascetur partus, l. 1. §. *ult. ff de cond. et dem.* Omnes igitur hujusmodi conditiones, etiamsi a testatore exprimantur, non faciunt legatum conditionale, *l.* 3. *ff. de leg.* 1. *l. in conditionibus* 19. §. 1. *l. servo* 47. *in fine l. aliquando* 106. *ff. de cond. et dem.* quia supervacuum est eas exprimere, et adjicere, cum insint *d. l. servo* 57. *ff. de cond. et dem. et d. l. Cornelius* 68. *D. de hered. inst.*

Verissima igitur est regula proposita, quod si quid tacite inest vel potestate legis, vel natura rei, eadem vis est taciti et expressi: seu rectius, eadem vis est expressi ac taciti: praeest enim tacitum, eique accedit expressum, quo ipsi nihil addit roboris. Sed hoc fortasse nimis subtiliter: illud convenientissimum et veritati, et rei clarius explicandae. *Supervacuum est exprimere, quod tacite inest.* Haec enim regula nititur auctoritate veterum Jurisconsultorum *d. l. Cornelius et d. l. servo.* In fine tamen hujus legis monet Marcellus: *saepenumero tamen mutatur rei effectus, quamquam id expressit testator, quod etsi non fecisset, inesset tamen.* Verissime. Multae enim hujus regulae sunt exceptiones, quas modo recensebo, et in sua genera digestas explicabo, quod nemo hactenus praestitit. 4

I. Quotiescumqne lex praecepit aliquid expresse fieri, si tacite fiat, inutiliter fit, et mutatur rei effectus, nec eadem est vis taciti et expressi. Exem- 5

plum sit in exheredatione. Filii in potestate existentes aut instituendi sunt, aut nominatim exheredandi, *l. inter caetera* 30. *l.* 1. 2. *et* 3. *D. de liber. et post. l.* 1. *in princ. D. de hered. inst. l. ult.* §. *sancimus C. de lib. praeter.* si praetereantur, nullum est testamentum *d. l. inter caetera, princ. tit. inst. de exhered. liber. l.* 1. *D. de injust. rupt.* Praeteritio igitur, quae est tacita quaedam exheredatio, non habet eumdem effectum, quem expressa exheredatio. Sic etiam causa exheredationis nominatim est exprimenda, eaque expressa, valet testamentum: non valet autem, si silentio praetereatur. *Nov.* 115. *cap.* 4. Aliud exemplum in pupillari substitutione. Expressa matrem excludit, *l. Papinianus* 8. §. *Sed nec impuberis* 5. *ff. de inoff. test. c.* 1. §. *ult. de testam. in* 6. et hoc lege praecipiente, non admitti legitimum heredem, quamdiu speratur heres ex testamento, *l. quamdiu* 3. *et l. quamdiu* 63. *D. de acquir. vel omitt. hered.* Tacita vero matrem non excludit, *l. precibus C. de impub. et al. sub. l. ult. C. de inst. vel subst.* Apparet autem, falsam esse limitationem quorumdam, tacitum non habere hujusmodi momentum, ut valeat actum irritare.

6 II. Si repugnet natura actus, qui respuat expressum, non vero tacitum: idque fit auctoritate legis, quae ejusmodi naturam praescripsit. In hoc differt a superiori, quod ibi tacitum irritat, destruit actum, non autem expressum: hic contra expressum, non tacitum evertit, et inutilem actum efficit. Exemplum in *l. si quis Sempronium* 68. *in fin. versic. sic enim. D. de hered. inst. Sic enim filii exheredatio cum eo valet*, si quis heres existat: *et tamen nemo dubitat, quin si ita aliquis filium exheredaverit:* Titius heres esto, et cum heres erit Titius, filius exheres esto: *nullius momenti esse exheredationem.* Repugnat natura actus. Exheredatio non adita hereditate nullius momenti est, *l. filium* 20 *in princ. versic. sed cum exheredatio D. de bon. possess. cont. tab.* Titius heres esse jubetur: antequam filius exheres sit: atqui hoc fieri non potest, quia filius, antequam valeat exheredatio, pro praeterito habetur: ideoque non potest ex testamento hereditas adiri. Implicant semetipsa sese, et involvunt. Filius exheres non est, nisi postquam Titius heres fuit; Titius autem heres esse non potest nisi filius exheres sit. Eadem ratione non valet testamentum, de quo in *l. si ita scriptum* 13. §. *testamentum* 2. *D. de lib. et post. Titius post mortem filii mei heres esto: filius exheres esto.* Etenim filius exheredatus est post mortem suam, cum valere non possit exheredatio, antequam Titius heres existat: inutilis est autem exheredatio facta post mortem, *l.* 4. §. *ult. versic. cum etsi D. de hered. inst.* Simile admodum est, quod traditur in *l. quoties* 9. §. *si quis ita* 14. *D. de hered. inst.* licet ibi favore libertatis detrahatur verbum *postea. Si quis ita scripserit: Stichus liber esto, et posteaquam liber erit, heres esto. Labeo, Neratius, et Aristo opinantur, detracto verbo medio* postea, *simul, et libertatem, et hereditatem competere: quae sententia mihi quoque vera videtur.* Hic quoque nisi detraxeris verbum *posteaquam*, libertas et hereditas invicem semetipsas impediunt: non potest enim servus liber esse, nisi sit heres: nec heres, nisi liber sit: sed libertas, quae maxime favorabilis est, interpretatione adjuvanda: non autem exheredatio, quae odiosa est, *l. cum quidam* 19. *in fin. D. de lib. et post.* Africanus quoque proponit simile legatum in *l. qui quadraginta* 88. *in princ. D. ad l. Falc.* quod voluntatis interpretatione non valere decidit. Sed ad tacitum, et expressum revertamur.

Alterum est in obligatione qualibet, 7
sive ex contractu, sive ex testamento. Repugnat natura obligationis, ut conferatur in voluntatem debitoris: obligatio

enim necessitate nos ad solvendum astringit *princ. tit. inst. de obligat. l. obligationum substantia D. eodem.* Propterea, sub hac conditione, *si velim* nulla fit obligatio: pro non dicto enim est quod dare, nisi velis, cogi non possis, *l. sub hac* 8. *D. eodem l. stipulatio* 17. *l. cum a Titio* 108. §. 1. *D. de V. O.* Potest tamen conferri tacite, veluti: *dabis, cum volueris l. centesimis* 46. §. *si ita D. eodem*; haec autem, *dabis si volueris*, inutilis est § *ult. eodem.* Stichus, si tibi placuerit emptus erit aureis *tot.* § *penult. inst. tit. de empt. et vend.* Idem jus est de legatis, *l. Senatus* 43. §. *penult. D. de legat.* 1. Legatum in aliena voluntate poni potest, in heredis non potest. Tacite tamen recte confertur, veluti, *si aestimaveris; si comprobaveris, si justum tibi videbitur, dato, l. si sic legatum* 75. *in princ. D. de leg.* 1. vel hoc modo: *nisi nolueril, heres dato; vel cum voluerit, dato, l. fideicommissa* 11. §. *sic fideicommissum* 5. *et* §. *seq. D. de leg.* 3. Differentiae rationem postmodo afferemus opportunius.

Tertium exemplum est in heredis institutione, atque in legatis, quorum na-
8 tura non solum respuit voluntatem debitoris, sed etiam cujuslibet alterius; quoniam *testamentorum jura per se firma esse oportet, non ex alieno arbitrio pendere, l. illa institutio* 32. *D. de hered. inst.* Quamobrem vitiosa est institutio: *quos Titius voluerit, heredes sunto, d. l. illa institutio in princ.* Idem in legatis: non valet hujusmodi legatum: *si Maevius voluerit, Titio decem do l. nonnumquam versic. non tamen D. de condit. et demonstr.* valent tamen, si tacite conferantur *d. l. non nunquam in princ. l.* 1. § 1. *ff. de leg.* 2. *l.* 3. §. 1. *C. comm. de legat.*

III. Si diversa inter se ac dissimilia contineant expressum, ac tacitum; non
9 possunt eamdem vim, atque effectum habere in *l. nonnunquam* 52. *D. de cond. et dem.* non idem conditio: *si voluerit, et, si in Capitolium ascenderit:* illa continet meram voluntatem: haec factum ascendendi in Capitolium: illa impletur statim ac Maevius voluerit: haec etiamsi maxime voluerit, tamen impleta non est, nisi Maevius ascenderit in Capitolium. Illud legatum pendet a voluntate Maevii: hoc a facto ascendendi. Propterea hoc valet, illud est inutile.

Conditio quoque, *cum volueris*, di- 10
versa est a conditione, *si voles* Illa designat tempus voluntatis: haec ipsam voluntatem. In illa per tempus conditio, in hac per conditionem tempus demonstratur, *l. si Titio* 22. *in princ. vers. cum priore D. qu. di leg. ced.* Illa confert in potestatem debitoris, quando velit debere: haec, an velit debere. Quamquam autem in heredes arbitrium conferri, an debeatur, non possit: quando tamen debeatur, conferri potest, *l. fideicommissaria* 46. §. *quamquam D. de fideicomm. libert.* Quemadmodum, licet conferri non possit, an debeat: conferri tamen potest, quid debeat *d. l.* 46. §. *ult. l. heredes* 25. §. *si incerto* 17. *D. fam. ercisc. l. nec semel* 12. § *si cui homo* 7. *D. qu. di. leg. ced. l.* 1. *et* 2. *D. de opt. leg.* Verba igitur illa *cum volueris* tractum temporis habent, quamdiu vivas, et si decesseris, antequam illud praestes, heres tuus praestabit: quod si decesserit legatarius, legatum extinguitur: est enim conditionale, *l. fideicommissa* 11. §. *hoc autem ff. de leg.* 3.

Quamquam autem traditum sit, ni- 11
hil interesse inter tempus incertum, et conditionem, *l. quodcumque* 45. *non solum D. de V. O.* tamen aliquando multum interest. Ecce si ita stipuletur: *dabis, si petiero*: suspenditur obligatio. At si ita: *dabis cum petiero*: admonitionem potius quamdam quo celerius reddantur quasi sine mora, quam conditionem habet stipulatio, *l. qui decem* 48. *D. eodem.* Item licet in omni institutione ac legato tacite insit conditio, *si capax erit* §. *extraneis* 4. *instit. tit. de hered. qual. l. si alienum* 40. §. 1. *D.*

de her. inst. tamen incapax recte instituitur, *cum capax erit. l. in tempus* 62. *D. eodem.* Ratio, quia conditio illa refertur ad tempus testamenti, et mortis, et aditionis hereditatis *d. l.* hoc autem tempus comprehendit infinitum tempus, quandocumque capax fuerit.

12 Supersunt alia duo verba: *si aestimaveris, si tibi videbitur,* non idem continent ac verba: *si volueris.* Haec meram voluntatem: illa arbitrium boni viri. *l. fideicommissa* 11. §. *quamquam D. de leg.* 3. *l si sic legatum* 75 *in princ. D. de legat.* 1. Item verba: *si placuerit vinum, vel servus, si non displicuerit*, non vitiant emptionem aut legatum, quia aliud est velle: aliud placere. Potest alicui res placere etiamsi emere nolit: potest displicere etiamsi emere voluerit: hoc a sensu judiciove pendet, illud a voluntate: ideo illud vitiat emptionem, *l. in vendentis C. de contr. empt.* hoc non item §. *pen. Inst. tit. de empt. l. quod si nolit* 31. §. *si quid ita* 22. *D. de aedilit. edict. l. Thais* §. *sorore D. de fideic. libert.*

13 IV. Quamvis verba videantur idem omnino significare: tamen si ex legis interpretatione diversum quippiam contineant: tacitum, et expressum non habent eumdem effectum. Ecce verba: *si volueris; et nisi nolueris:* idem significant, et tamen sub hac conditione legatum valet: non vero sub illa, *l. fideicommissa* 11. §. *sic fideicommissum juncto* §. *quamquam D. de leg.* 3. Quid ita? quia verba *nisi noluerit*, lex interpretatur de prima voluntate, ita ut si non declaret se nolle, non possit postea dicere se noluisse, *d.* §. *sic fideicommissum.* Verum est enim, eum non noluisse, eum non repugnaverit voluntati fideicommittentis, quando potuit. Eadem ratione verba: *si volueris*, non vitiant fideicommissum libertatis, *l. fideicommissaria* 46. *in princ. D. de fideicommissariis libert.* qnia lex favore libertatis ea interpretatur de arbitrio boni viri §. *sed etsi* 2. *eadem. l.* Aliud exemplum in *l. talis scriptura* 30. *D. de leg.* 1. Testator quaedam legata pure reliquit, et Titio legavit centum praesentia: postea adjecit vulgarem clausulam: *quas pecunias legavi, quibus dies appositus non est, eas heres meus annua, bima, trima die dato.* Quaesitum in §. 2. an haec clausula referatur dumtaxat ad legata, pura, an etiam ad legatum praesens. Videretur dicendum ad omnia referri: quia etiam legatum praesens, vel praesenti die, purum est non in diem; et legatum purum praesens est, *l. liber homo* 118. §. *decem D. de V. O. l. cedere diem D. de V. S.* In legato pure relicto tacite inest praesens dies: in hoc inest expressse. Respondit tamen Ulpianus, hoc legatum non differri per illam clausulam; quia verum est, ei diem appositum fuisse. Licet autem *haec adjectio supervacua sit quantum ad vim, et effectum legati pertinet, tamen ad hoc proficit, ut praesenti die legatum debeatur*, *d. l. talis scriptura* §. 2. Quod si in clausula non fuissent adjecta verba illa: *quibus dies appositus non est:* videretur dicendum illud quoque differri per text. in *l. si mihi* 12. *in fin. D. de leg.* 1. *et l. Titio* 74. *D. de leg.* 3. nisi cum Cujacio addamus particulam *non*, quod rectius est.

Alterum est legatum optionis, quod 14
valde differt a legato generis, licet in utroque detur electio legatario: in illo quidem expressim §. *optionis* 23. *instit. tit. de legat.* in hoc vero tacite *l. si servus* 108. §. *cum homo D. de leg.* 1. *l.* 2. §. 1. *ff. de opt. leg.* §. *si generaliter* 22. *inst. tit. de legat.* sed cum lex certam ac singularem naturam legato optionis tribuerit, in multis differt a legato generis, *d. tit.* §. *optionis.* Et praecipua est differentia, quod in legato optionis optimum eligi potest, *l. si quis affirmavit* 9. §. 1. *ff. de dol. mal. l.* 2. *in princ. ff. de opt. leg.* in legato ge-

neris non item, *l. legato* 31. *D. de legat.* 1. Caeteras referre non vacat: videantur *DD. ad d.* §. *optionis.*

In *l. talem* 51. *ff. de hered. inst.* duo alia proponuntur exempla: alterum in princip. alterum in §. 1. In primo, ut valeat ex rescripto D. Marci, favore libertatis detrahitur conditio, *si liberaverit*, secundum sententiam Proculeianorum, de qua in *l. quoties* 9. §. *si quis ita scripsit* 14. *ff. eodem.* Sed de hoc supra diximus. In §. 1. species hujusmodi ponitur. *Si quis ita scripserit: Stichus, si meus erit, cum moriar, liber et heres esto; alienatus non poterit jussu emptoris adire hereditatem: quamvis etsi non erat hoc expressum, non alias liber, et heres fieri poterat, quam si mansisset ejus.* Haec postrema verba intelligenda sunt de persona ipsius servi, qui non potest esse heres, nisi liber sit: nec potest esse liber, nisi sit testatoris, cum moritur: quia nemo dare potest libertatem alieno servo. Caeterum tacita conditio afficit solummodo dationem libertatis ex adducta causa, non autem institutionem, quia etiam alienus servus heres recte instituitur, qui licet sibi non acquirat hereditatem, ipsam tamen acquirit domino, *l. servus* 3. *l. non minus* 31. *de hered. inst. princ. tit. inst. eodem.* Quamobrem etsi libertatem dederit sub conditione: *si meus erit*, hereditatem autem sine conditione, alienatus domino acquiret, *l. servo* 47. *D. de cond. et dem.* Expressa autem conditio afficit utrumque, et in hoc differt a tacita: Quare hoc exemplum potius ad superiorem exceptionem pertinet.

Quod in fine habetur, vere fit ex interpretatione legis: quod etiam a vivo testatore manumissus heres fiat, et verba, *si meus erit*, comprehendant libertum, contra *princ. tit. inst. de hered. inst.* Ergo hic legis interpretatione fit, ut expressum habeat vim taciti, contra quam soleat in aliis casibus contingere. Nemo hactenus hoc axioma sic explicavit.

FINIS LIBRI TERTII.

JOSEPHI AVERANII,

JURISCONSULTI ET ANTECESSORIS,

INTERPRETATIONUM JURIS

LIBER QUARTUS.

Caput Primum

Ad L. Heredes mei 57. §. cum ita ff. ad S. C. Trebell.

SUMMARIUM.

I. Hanc dispositionem locum non habere censent DD. ubicumque statutum excludit feminas extantibus masculis.

II. Nullum fundamentum habet regula, quod testator voluntatem suam ad juris communis vel statuti dispositionem conformare censeatur.

III. Lex omnem auctoritatem suam accommodat testantium voluntati.

IV. Lex jubet spectari verba, atque investigari voluntatem disponentis.

V. Voluntas non investigatur ex praescriptione legum, sed ex verisimili, et aliis similibus conjecturis.

VI. Exponitur textus noster.

VII. Si dispositio testatoris dirigenda esset ad normam successionis intestatae, contrarium in hac L. respondisset Papinianus, et n. VIII. IX.

X. Haec DD. praesumptio excluditur ex responso Ulpiani in l. ex facto 17. §. si quis rogatus ff. ad S. C. Trebell.

XI. Conditio *Si sine liberis* deficit propter filios naturales, non item propter adoptivos.

XII. Conditio *Si sine liberis* quando comprehendat naturales.

XIII. In fideicommisso familiae relicto succedunt gener et nurus.

XIV. Ordo intestatae successionis non servatur inter heredes ex testamento.

XV. Idem quoque est in distributione partium hereditatis.

XVI. Veteres alias admittebant conjecturas, potius quam confugerent ad ordinem intestatae successionis.

XVII. In iis, quae a lege praecipiuntur, vel vetantur, testator praesumitur, se conformare ad legis dispositionem.

XVIII. Idem est, quoties Lex aliquid praesumit in dispositione hominis.

XIX. Exponitur l. Gallus §. 1. ff. de liber. et posthum.

XX. Heres se immiscens, coherede abstinente, sustinet onera hereditaria.

XXI. Non est verisimile, locatorem remisisse conductori necessitatem solvendi pensionem.

XXII. Ad fideicommissum familiae relictum, primum admittuntur magis proximi.

XXIII. Explicatur l. penult. C. de impub. et al. substit.

1 Mirum profecto est, omnes prope veteres juris interpretes in hujus legis explicatione admonere, testatorem censeri voluntatem suam ad legis dispositionem conformare, et hujus legis dispositionem locum non habituram, ubicumque statutum excluserit ab intestata successione feminas, extantibus masculis: cum tamen ex hac lege contrarium perspicue demonstretur, ut mox probabimus.

2 Pervulgata illa, et omnium sermonibus celebrata regula: quod testator voluntatem suam ad juris communis, vel statuti dispositionem conformare censeatur, neque ulla ratione nititur, neque ulla lege fundatur. Omnis ratio oppositum suadet, sive voluntas testatoris de rebus suis disponentis, sive legis mens, et sententia spectetur. Testator eo ipso quod de bonis disponere destinavit, manifeste declaravit, se a legis dispositione recedere voluisse in eo, de quo disponeret. Etenim si vellet locum habere in sua hereditate legis dispositionem,

utique de ea non disponeret: cum eo non disponente lex ipsa disponat. Igitur in eo tantummodo, de quo non disponit, legis dispositionem sequitur, eique se accommodat: veluti si heredes non instituerit, tum censetur eos instituisse, qui a lege vocantur ad hereditatem, *l. si quis cum testamentum in princ. et l. conficiuntur* 8. §. 1. *ff. de jure codicill.* Caeterum quoties testator disposuit de bonis suis, in eo ipso, quod disposuit, cessat omnino legis dispositio. Nam ea mens et intentio legis de bonis defunctorum disponentis est, ut suppleat, quod omisit facere defunctus, non ut eo disponente se interponat. Quamobrem Lex solummodo disponit de intestati successione, deficiente scilicet omnino dispositione defuncti. A primis usque juris incunabulis Lex XII. tabul. hunc ordinem secuta est, ut de legitima successione quaeri non posset, nisi omnino deficiente testamentaria, *l.* 1. *in princ. ff. si tab. testam. nullae extab.* Verba legis haec erant, *Si intestato moritur; cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto*: vel ex Cornificio *ad Heren. Lib.* 1. et ex Cicerone *Lib.* 2. *de inventione. Si paterfam. intestato moritur, familia, pecuniaque ejus agnatorum, gentiliumque esto.* Nihil igitur super hereditatem defuncti Lex disposuit, nisi cum ipse non disposuit, et intestatus decessit. Quod et subsequentibus deinceps temporibus religiosissime fuit a Lege semper observatum. *l. antequam* 8. *C. comm. de success. l. quamdiu* 89. *ff. de Reg. jur. l. quamdiu* 39. *ff. de acquir. hered.*

3 Tantum autem abest, ut Lex intendat, testatorem conformare voluntatem ad suam dispositionem, ut ipsa potius omnem auctoritatem suam accommodet testantium voluntati, et ad eorum arbitrium, nutumque se fingat. Primum enim Lex XII. tabul. plenissimam tribuit facultatem disponendi de rebus suis, et testatorum dispositiones non minus ratas haberi jussit, quam ipsam Legem, *Uti legavit suae rei, ita jus esto l. verbis legis* 120. *ff. de V. S.* Et postremis temporibus Legislator noster *in authent. de Nuptiis* 22. *c.* 2. §. *disponat. Disponat itaque unusquisque de rebus suis, et sit lex ejus voluntas.* Itaque cum testator de rebus suis disposuit, Lex nullo modo se interponit, et quodammodo seipsam de medio tollit, ut in omnibus rata habeatur dispositio testatoris, cui Legis tribuit auctoritatem.

Praeterea constanter praecipit, primum spectanda esse testantium verba, et ab eorum significatione non esse recedendum *l. non aliter* 60. *ff. de leg.* 3. Hoc ideo, quia nemo videtur dixisse, quod mente non agitaverit. *L. Labeo* 7. §. *id Tubero ff. de supell. leg.* Itaque ne detur occasio pervertendae voluntatis testantium, vetat Lex voluntatis quaestionem fieri, ubi nulla est in verbis ambiguitas, *l. ille, aut ille* 25. §. 1. *ff. de leg.* 3. Quod si verba perspicue non demonstrent voluntatem disponentis, tunc conjecturis eam explicare jubemur, et id, quod verisimile est voluisse disponentem, amplecti *l. in obscuris* 114. *ff. de Reg. jur. l. cum quaestio* 23. *in fin. C. de legat. In omnibus etenim testatoris voluntatem, quae legitima est, dominari censemus, l. jam hoc jure* 4. *in fin. ff. de vulg. et pupil. Si voluntas parentis non refragetur l. cum de lanionis* 18. §. *item cacabos vers. optimum ff. de instruct. vel. instr.* Ibi: *Optimum ergo esse Pedius ait, non propriam verborum significationem scrutari, sed in primis, quid testator demonstrare voluerit.* Consonant text. in *l. cum virum* 16. *C. de fideicomm.* in *l.* 3. *C. de liber. praet.* in *l. quoniam C. de testam. in l. quisquis* 9. §. *in fin. ff. de legat.* 3. in *l. cum quidam* 8. *in fin. ff. de supellect. leg.* in *l. inter vestem* 33. *ff. de aur. et arg. leg.* in *l. pater Severinam ff. de condit. et demonst.* et alibi passim. Semper enim quid voluerit, quid senserit testator, a-

cutissime indagare, atque odorari jubemur. Quocirca liquido constat, legem dispositiones suas omnino testantium voluntati accomodare.

5 In pervestiganda autem voluntate testatoris nunquam praecipit, ducendam esse conjecturam a praescriptione Legum de intestata successione disponentium: sed vel ex eo, quod verisimile est, testatorem noluisse facere dispositionem inutilem, atque irritam, ut in *l. Divus* 22. *in princ. ff. de usu et habit* in *l. si quando* 109. *ff. de legat.* 1. in *l. cogi* 16. *in princ. ff. ad SC. Trebell.* vel ab usu ipsius testatoris, ut in *l. inter vestem* 33. *ff. de aur. et arg. leg.* in *l. si servus plurium* 50. §. *ult. ff. de legat.* 1. in *l. heredes palam* 21. §. 1. *in fin. ff. qui testam. fac. poss.* vel ab his, quae praecedunt, aut sequuntur in ea dispositione, quam volumus interpretari, ut in *l. si servus* 50. *in fin. ff. de leg.* 1. in *d. l. heredes palam* §. 1. *in fin. ff. qui testam. fac. poss.* in *l. nummis* 75. in *l. quisquis* 95. *in fin. ff. de leg.* 3. imo ex libris etiam et scripturis patrisfam. ut *l. praediis* 91. §. *Titio ff. de legat.* 3. et ex collatione alterius rei legatae *l.* 1. *ff. de reb. dub. l. ult. in fin. ff. de trit. vin. et ol. leg.* vel ex usu, et opinione regionis, ut in *l. cum de lanionis* 18. §. *item cacabos ff. de instruc. vel instrum. leg. l. liberorum* 52. §. *quod tamen versic. nam et in usu ff. de legat.* 3. *l. in obscuris* 14. *ff. de reg. jur. l. si servus plurium* 50. *in fin. ff. de legat.* 1. *l. nummis* 75. *ff. de legat.* 3. *l. heredes palam* §. 1. *in fin. ff. qui testam. fac. poss.* vel a conditione personarum, ut in *d. l. si servus plurium* et in *l. ex facto* 17. §. *si quis rogatus ff. ad S. C. Trebell.* vel ab aliis similibus conjecturis; ac postremo interpretandum esse, ut, quod minimum est, voluerit legare, *d. l. nummus* 75. *ff. de legat.* 3. *l. Sempronius* 47. *ff. de legat.* 2. *l. cum servus* 39. §. *scio ff. de leg.* 1. Adeo nihil intentatum reliquerunt veteres Jurisconsulti, ut testantium voluntatem investigarent: hanc tamen facilem, et obviam, quam nostri nobis obtrudunt, ejus interpretandae rationem nusquam tradiderunt.

Imo vero eam repudiasse, ac nullius momenti judicasse probari potest evidentissimae: ac praesertim ex nostra *Leg. heredes mei* §. *cum ita ff. ad S. C. Trebell.* In hac Lege quidam testator, qui duos filios habebat, et ex altero filio neptem Claudiam, instituit heredes duos filios: eosque rogavit, ut, qui prior sine liberis decessisset, partem suam restitueret fratri superstiti. Quod si uterque sine liberis decessisset, omnem hereditatem ad neptem Claudiam pervenire jussit. Mortuo testatore decessit unus ex filiis institutis, relicto filio Sempronio, qui ei successit: adeoque deficiente conditione primae substitutionis fideicommissum non est delatum, fratri superstiti. Postremo decedit etiam alter ex filiis institutis, qui ad partem fratris non fuerat admissus, conditione defecta: Sed hic nullos relinquit liberos: adeoque de ejus successione contendunt Claudia, et Sempronius, uterque defuncti nepos ex fratre: Claudia petit fideicommissum ex secunda substitutione, in qua fuit vocata sub conditione, *si uterque sine liberis decessisset*, quae extitit in ultimo moriente sine liberis. Sempronius petit hereditatem patrui ab intestato, et opponit Claudiae verba testatoris, qui eam substituit solum in casum, quo *uterque* sine liberis decessisset. Cum igitur unus tantum sine liberis decesserit, substitutionis conditio defecit. Praeterea omnem hereditatem ad eam voluit pervenire, quod fieri non potest, cum extiterit conditio solum in parte ultimi morientis. Atque adeo verba testatoris omnia conspirant ad excludendam Claudiam. Papinianus tamen accurate perpendit, quod si testator voluit Claudiam habere totam hereditatem, utroque filio sine liberis decedente; voluit etiam habere portionem, hoc est, dimidiam, si unus tantum sine liberis decessisset: quam enim voca- 6

vit ad utriusque portionem, utroque sine liberis decedente, praesumitur vocasse etiam ad portionem unius, eo pariter sine liberis decedente: nam qui vocat ad totum, vocat etiam ad partem.

7 Veteres interpretes cum Bartolo monent, hanc Papiniani definitionem non esse servandam, ubi statutum vocat ad intestatam successionem masculos exclusis feminis. Et merito; admissa enim eorum sententia, quod successio ex testamento dirigenda sit ad normam successionis ab intestato, et ad mentem juris communis, vel municipalis interpretanda: Si Claudia neptis a statuto excluderetur, etiam a testatore exclusa censeri debet, maxime quia ad eam excludendam concurrunt etiam perspicua verba testatoris. Sed hoc ipsum manifeste demonstrat, quam falsa sit eorum sententia, qui tantopere exaggerant hanc conjecturam. Sciendum est enim, quod tempore Papiniani ex Lege Voconia neptis a nepote excludebatur: nam ex ea Lege feminae ultra sorores non admittebantur ad legitimas hereditates, et non solum postponebantur masculis, sed erant omnino incapaces succedendi. Paulus *Lib. 4. recept. sentent. tit. 8. de intest. success. Feminae ad hereditates legitimas ultra consanguineas non admittuntur: idque jure civili Voconia narratione videtur effectum.* Ulpianus *in fragment. tit. 26. de legit. heredit. Ad feminas ultra consanguineorum gradum legitima hereditas non pertinet.* Hanc Legem suasit Marcus Cato, sed, ut ex his liquido constat, in usu erat tempore Pauli, et Ulpiani, adeoque etiam Papiniani, qui nostrae Legis est auctor. Enimvero Papinianum nihili fecisse commentitiam hanc praesumptionem petitam ex dispositione Legis Voconiae feminas excludentis, multa perspicue demonstrant. Primum quia nepotem admisit ad fideicommissum, a quo erat penitus excludenda juxta sententiam nostrorum interpretum, quia hanc praesumptionem invenerunt. Praesertim quia Lex Voconia mulieres non solum excludebat ab hereditate intestata, sed etiam quadamtenus ab hereditate ex testamento. Cicero *Lib. 1. in Verr. de Lege Voconia, quae ita sanxit. Qui post eos Censores census esset, ne quis heredem virginem, neve mulierem faceret.* Dio *Lib 56. Histor.* Τῶν τε γυναικῶν τισὶ καὶ παρὰ τὸν Οὐοκώνιον νόμον καθ' ὃν οὐδεμιᾷ αὐτῶν οὐδενὸς ὑπὲρ δύο ἥμισυ μυριάδας οὐσίας κληρονομεῖν ἐξῆν. *Mulierum, quibus lege Voconia non licebat adire hereditatem majorem centum millibus.* Viginti quinque millia, ait scriptor, nempe drachmarum, quibus Graeci utebantur, quae conficiunt centum millia sestertium, quod erat patrimonium eorum, qui censi dicebantur. Itaque non sunt corrigenda Dionis verba, ut placet viro perquam erudito. Cum igitur Lex Voconia ab hereditate eorum, qui censi erant, excluderet omnes feminas, etiam unicam filiam, ut admonet eodem loco Cicero, multo vehementius vigere debebat praesumptio petita ex dispositione Legis, quae non solum ab intestata hereditate, sed etiam a successione testamentaria feminas excludebat.

Praeterea, quia cum hac praesumptio- 8
ne concurrebant expressa testatoris verba, quae iu simili casu Justiniano visa fuerunt adeo clara, ut contra substitutum responderit in *l. pen. C. de instit. et subst.* de qua infra dicemus. Apparet igitur, quod haec praesumptio ex mente Papiniani ne minimum quidem momentum addit admodum dilucidae testatoris orationi.

Denique Papinianus ad eludendam vim 9
verborum, neptem excludentium, nititur sola testatoris voluntate praesumpta: atqui si voluntas testatoris consentanea atque conformis dispositioni Legis esset praesumenda, ex ea quoque argumentum duceretur contra neptem, tantum abest, quod ea pro nepte faceret, aut vim verborum posset enervare. Praeterquam, quod Papinianus, quemadmodum ad fundandam suam opinionem respondit, ar-

gumento a verbis ducto, ita respondisset huic praesumptioni, si ad interpretandam testatoris voluntatem ullum momentum habere credidisset.

10 Non solum autem Papinianus, ut est demonstratum, sed etiam Ulpianus nihili fecit fictitiam hanc praesumptionem. Etenim cum in *l. ex facto* 17. §. *si quis rogatus ff. eod. tit. ad SC. Trebell.* quaerat, an filii naturales efficiant ut deficiat conditio, *si sine liberis*, et accurate percenseat omnia, quae pro substituto possunt adduci, nullam facit mentionem hujus praesumptionis. Ibi: *Sed hoc ex dignitate, et ex voluntate, et ex conditione ejus, qui fideicommisit, accipiendum est.* Nullius igitur momenti putat hanc praesumptionem: semper enim constaret de voluntate testatoris nolentis comprehendere filios naturales nomine liberorum, cum in Legis dispositione non continerentur. *Novell.* 89. *quib. mod. natural. effic. leg.* Primi enim Valens et Valentinianus rationem haberi voluerunt naturalium liberorum in successione parentum, *d. Novell.* 89. *quib. mod. cap. discretis igitur* 12. Quamobrem tempore Ulpiani omnino naturales excludebantur in dispositione Legis deferentis hereditatem liberis defuncti. Multo minus in numero praesumptionum eam habuit Papinianus in laudata *l. ex facto* §. *si quis rogatus ff. ad SC. Trebell.* qui sine ulla distinctione respondit in libertino naturales liberos efficere, ut conditio deficiat, quia, ut arbitror, in eo neque dignitas, neque conditio personae repugnat: quod et Scaevola respondit in *l. Lucius Titius* 89. §. *Damae* 12. *ff. de legat.* 2. et idem Papinianus in *l. cum pater* 77. § *volo* 13. *ff. eod.* Animadvertendum autem est, quod in superiore lege vel levissima conjectura poterat adduci Papinianus ad admittendum substitutum. Nam conditio *si sine liberis* substitutum excludit, liberis existentibus, quia prudens judicium testantis animadvertitur, qui non solum institutum praetulit substitutis, sed etiam ejus liberos, ut ait Scaevola in *l. Lucius Titius* 85. *in fin. ff. de hered. instit.* In casu autem nostro testator non potest videri praetulisse substituto filios naturales: quoniam neque ex testamento eos praetulit, neque ab intestato. Non ex testamento, quia liberi in conditione positi non censentur vocati, cum conditio non disponat, *l. ex facto etiam* 19. *ff. de hered. instit. l. si quis sub conditione* 8. *ff. si quis omissa causa testam. l.* 1. §. *item si* 8. *in fin. ff. ad leg. Falcid. l. cum quis* 16. *in fin. ff. de vulgar. subst.* Non ab intestato, quia eo tempore filii naturales non succedebant. Cum igitur hoc casu nec ex testamento, nec ab intestato filii naturales admittantur, et obstent substituto, vel levissima conjectura sufficere deberet ad admittendum substitutum, qui nullo modo a filiis naturalibus excluditur. Admodum suaves sunt illi interpretes, qui ajunt ideo excludi substitutum, quia liberi naturales saltem in duabus unciis succedunt ex constitutione Justiniani in *d. authent. quibus mod. Nov.* 89. *cap.* 12. quasi vero Papinianus, et Ulpianus potuerint divinare, eos post tot saecula tandem jus succedendi acquisituros: aut responderint non secundum regulas juris, quod tunc obtinebat, sed secundum jus, quod futurum erat in posterum, adeoque substitutum injuste excluserint.

Confirmatur id evidenter hac comparatione. Propter filios naturales deficit conditio: *si sine liberis*: et filii naturales qui ab intestato minime succedebant *d. auth. quib. mod. naturales* §. *discretis* excludebant substitutum *l. ex facto* § *si quis rogatus ff. ad SC. Trebell.* Contra vero filii adoptivi, qui ab intestato succedebant *l. pen.* §. 1. *vers. Sed siquidem C. de adoption.* §. *sed hodie instit. tit. eod. l.* 1. §. *liberos ff. unde liberi* substitutum non excludebant, nec propter eos conditio deficiebat, *l. fideicommissum* 76. *ff. de condit. et demonstrat.* Nemo autem non intelligit contrarium omnino fore defi- 11

niendum, si voluntas testatoris dispositioni Legis conformis esse censeretur.

12 Illud etiam animadversione dignum est, quod cum conditio, *si sine liberis*, adjecta censetur ex interpretatione Legis, ut in *l. cum avus ff. de condit. et demonstr. l. cum acutissimi C. de fideicom.* ea non comprehendit liberos naturales *l. generaliter in fin.* Ibi: *justa sobole C. de instit et substit.* Cum vero est adiecta ab ipso testatore, liberos naturales comprehendit *d. l. ex facto* §. *si quis rogatus ff. ad SC. Trebell.* Igitur voluntas testatoris ad normam dispositionis Legis non est exigenda, nec ejus interpretatio a Legis praescriptione sumenda.

13 Jam vero ad alia progrediamur. Affinitatis jure nulla successio permittitur. Ita sanxerunt Imperatores Dioclet. et Maxim. in *l. affinitates C. commun. de success.* Et tamen post eos Legislator noster Justinianus in interpretanda testatorum voluntate nullam rationem habuit certissimae hujus regulae quoad intestatam successionem praescriptae ab Imperatoribus: respondítque testatorem, qui fideicommissum familiae reliquit, videri vocasse ad fideicommissum etiam generum, et nurum. *l. ult. C. de V. S.* Profecto si voluntas testatoris esset interpretanda secundum Legis dispositionem, hae personae a fideicommisso essent excludendae. Aut nos in errorem induxit Justinianus perversa voluntatis interpretatione, aut nos decipiunt interpretes, qui contrariam interpretandae voluntatis rationem nobis obtrudunt.

14 Non absimili interpretatione nobis imposuit S. Pontifex in *c. Raynutius de testam.* qui admittit relictum fratri et ejus filiis, utrisque simul deberi. Item Scaevola in *l. pen.* §. *instituto* 15. *ff. de leg.* 2. ubi instituto filio herede, et ex eo nepotibus emancipatis, ipsi cum patre simul admittuntur, non ordine intestatae successionis. Nec aliter respondit Paulus in *l. si ego et servus* 26. *ff. de acquir. hered.* ubi si ego, et filius meus heredes instituti fuerimus, uterque simul heres est, et uterque debet hereditatem adire, licet filius eam mihi acquirat. Non aliter in legato respondit Ulpianus in *l. si mulieri ff. de usufr. accres.* Enimvero perperam interpretati sunt voluntatem testatorum, si vera est sententia nostrorum interpretum: debuerant enim interpretari, prius patrem, postea filium ordine successivo testatorem admitti voluisse, quemadmodum ab intestato succederent, maxime alia quoque conjectura concurrente, videlicet charitatis, et affectionis, quae vehementior esse debet erga patrem magis proximum, quam erga filium remotiorem, et secundo loco nominatum.

Aliud argumentum deduci potest ex 15
distributione partium inter scriptos heredes. Si quis heredes scribat non adjectis partibus, veluti liberos suos, suos nepotes, dubitandum non est, eos ex aequis partibus heredes esse: praesumitur enim testator ex aequo instituisse, quos sine partibus instituit, *l. quoties* §. *heredes ff. de hered. instit.* §. *Si plures instituantur inst. tit. eod.* Ab hac tamen praesumptione facile receditur: nam si quis ita instituerit: Titius, et fratris mei filii heredes sunto, non habebunt partes aequales, sed semissem Titius, semissem fratris filii, quotcumque illi fuerint, *l. Attius* 11. *et l. interdum* 13. *in princ. ff. de hered. instit.* Non tamen receditur ex conjectura ducta a dispositione Legis circa intestatam successionem, qua constitutum est, ut liberi in stirpes, non in capita, nec ex aequis partibus succedant. Itaque si quis nepotes suos instituerit, succedent omnes ex aequis partibus: si venient ab intestato, succedent in stirpes. §. *cum filius inst. de hered. quae ab intest. l.* 2. *C. de suis et legit. liber.*

Denique observandum est, quod ve- 16
teres quamcumque vel levissimam conjecturam admittebant, potius quam ad ordinem intestatae successionis confugerent. In *l. cum pater* 77. §. *a te peto pe-*

ult. ff. de leg. 2. Papinianus ordinem scripturae observat, non ordinem succedendi ab intestato: nam ab intestato uxori succederent ejus propinqui, non propinqui mariti, et tamen hi illis praeferuntur, quamvis non repugnarent verba testatoris, qui usus erat disjunctione *vel*, apta ad praeferendum etiam postea nominatos.

In *l. omnia* 32. *alias l. cum ita §. in fideicommisso ff. de leg.* 2. Modestinus in fideicommisso familiae relicto praefert aliis omnibus eos, qui nominati fuerunt a testatore, non eos, qui a Lege praeferuntur in successione ab intestato. Levissima conjectura petita a nominis pronuntiatione praevalet conjecturae a nostris tantopere exaggeratae.

In *l. qui filiabus* 17. *in princ. ff. de legat.* 1. Ulpianus ad comprehendendam posthumam in legato relicto filiabus, non ducit conjecturam a successione, sed a mentione posthumae, facta in aliqua parte testamenti.

Idem Ulpianus in *l. si fuerit in princ. vers. si duobus ff. de reb. dub.* considerat quidem majorem charitatem, ut legatum debeatur ei, qui charior est inter plures ejusdem nominis. Caeterum ordinem succedendi nunquam considerat, adeo ut potius legatum inutile esse respondeat propter incertitudinem voluntatis.

In *l. duo sunt Titii ff. de testam. tut.* tutelae dationem inutilem esse a Paulo pariter respondetur, si datus sit tutor Titius, et duo sunt Titii, pater, et filius, nec intelligatur, quid senserit testator: et tamen, si illi sint cognati testatoris, pater esset praeferendus, qui primum locum obtinet in successione, cum in tutela servetur ordo successionis ab intestatò §. *ult. instit. tit. de cap. dimin. et toto tit. de legit patron. tut.* Multae aliae occurrunt in jure nostro Leges, ex quibus constat veteres juris nostri conditores nullam rationem habuisse conjecturae desumptae a Legis dispositione, et ordini succedendi ab intestato. Sed operae pretium non est, cuncta percensere; cum haec saltem simul conjuncta luce meridiana clarius demonstrent veritatem nostrae sententiae, et Legem semper sequi vestigia voluntatis testatorum, ut totidem verbis nos monet Legislator noster in *l. penult. in princ. versic. Sed antiquitatem C. de necessar. serv. heredib. instit.* non vero testatorem sequi vestigia Legis, qui ea derelinquit statim ac de rebus suis disponere cogitat.

Non nego tamen, quod ubi Lex ali- 17
quid praecipit, aut vetat, in eo testator ad Legis dispositionem conformare videatur dispositionem suam. Nemo enim facere potest, quin Leges in testamento suo locum habeant *l. nemo potest.* 55. *ff. de leg.* 1. Sed hoc necessitatis est, non voluntatis. Legis enim jubentis aliquid aut vetantis praecepto tenentur omnes obtemperare. Veluti cum jubet suos heredes aut instituere, aut exheredare, eosdemque vetat praeterire, *princ. tit. inst. de exhered liberor. l.* 1. *ff. de injust. rupt. l.* 3. §. *ult. l. filius* 7. *l. inter caetera* 31. *ff. de liber. et post.*

Idem dicendum est, quoties Lex ali- 18
quid praesumit in dispositione hominis; tunc enim dispositio interpretanda est secundum praesumptionem Legis. Sed hoc casu non disponens se accommodat Legi, sed Lex voluntati disponentis: neque enim alia de causa id praesumit, nisi quia verisimilitudo Legis auctoritate comprobata id efficit, ut omnino attendi debeat, nisi probetur, aliter sensisse disponentem. Idque pluribus exemplis demonstratur. Lex praesumit unumquemque omnia agere secundum naturam actus, quem gerit, et ideo, etiamsi aliquid omissum fuerit, tacite continetur, et ita actus est interpretandus, ut in *l. cum quid* 3. *ff. de reb. cred.* in *l. ubi ita donatur* 27. *ff. de donat. caus. mort.* in *l. Divus* 22. *in princ. ff. de usu et habit.* verisimile enim est, qui actum agit, quae sunt de natura actus agere. Lex

praesumit, disponentem velle suam dispositionem valere, nam si valere nollet, non disponendo posset idem multo facilius consequi: propterea semper ita interpretanda est dispositio, ut actus valeat, *l. quoties* 12. *l. ubi est* 21. *ff. de reb. dub. l. quoties in stipulationibus* 80. *ff. de V. O.* Similiter Lex praesumit unumquemque, qui aliquid agit, velle consequi finem, ad quem actus fuit institutus, et ita actus est interpretandus, quemadmodum in *l. quaero* 45. §. *inter locatorem ff. locati.* in *l. Divus ff. de usu, et habit.*

Atque haec sunt, quae interpretibus nostris imposuerunt, qui, cum nulla in Lege reperissent testatorem praesumi ad Legis dispositionem conformare velle suam dispositionem, id a legibus extorserunt, quae aliquid disponunt, vel praecipiendo quid servare debeant testatores, vel eorum supremam voluntatem interpretando, non ut ipsam ad se trahant, sed ut integram intactamque conservent. Id autem apparebit ex iis, quae modo respondebimus ad eorum argumenta, quae diluere aggredimur: sunt autem plane imbecillia.

19 Primum igitur argumentum, quo praecipue nititur haec sententia, petunt ex *l. Gallus* 29. §. *quidam recte ff. de liber. et posthum.* ubi cum Gallus Aquilius induxisset formulam instituendi nepotem posthumum: *si filius meus vivo me moriatur*, *etc.* subdit Scaevola: *quidam recte admittendum credunt, etiamsi non exprimat de morte filii, sed simpliciter instituat; ut eo casu valeat, qui ex verbis concipi possit.* Unde deducunt, dispositionem testatoris trahendam esse ad dispositionem Legis, ac semper praesumendum testatorem Legis dispositioni voluntatem suam accommodasse.

Nihi absurdius concludi potest. Non Legi se accommodat testator, qui non servat formulam a jure praescriptam: sed contra Lex se accommodat testatori, quae ad sustinendam ejus dispositionem benigna interpretatione praesumit, eum voluisse disponere in eum casum, in quem disponere poterat, non in eum, in quem non poterat, cum verba testatoris utrumque casum complecti possent. Testator non satis dilucide atque enucleate voluntatem suam expressit: eam supplet, et adjuvat Lex interpretatione, cum non putet, eum aut praeceptis Legum obtemperare noluisse, aut actum irritum et inutilem facere voluisse. Igitur ad faciendam hanc interpretationem utrumque concurrit: necessitas, et juris praesumptio. Haec duo modo sunt exposita generaliter: nunc ad hujus Legis explicationem accommodanda, quia a veteribus non satis perspicue, planeque explicantur. Olim posthumus institui non poterat, cum sit incerta persona; et testatoris certum consilium, certum judicium esse debeat, *Ulpian. in fragm. tit.* 22. *qui hered. inst.* §. *incerta persona.* Justinianus in §. *posthumo quoque vers. Sed nec hujusmodi inst. tit. de legat. princ. tit. instit. de bonor. possess.* Verumtamen quia posthumi, qui nascentes futuri erant sui heredes testatori, nascendo rumpebant testamentum, *l.* 1. *l.* 3. *posthumus* 12. *ff. de injusto rupt.* ne testamenta rumperentur, tum de jure antiquo, tum ex lege Velleja permissum fuit instituere posthumos, qui sui futuri erant. Ex jure antiquo instituoi poterat, imo debebat posthumus nasciturus post mortem testatoris; ex Lege Velleja nasciturus ante mortem testatoris. Uterque autem institui aut exheredari debebat, ne natus rumperet testamentum. *Ulpian. in fragm. tit.* 22. *qui heredes inst. poss.* ubi legendum ex l. Velleja, non ex l. Julia, ut constat ex *l.* 3. §. 1. *ff. de injust. rupt.* Itaque posthumus utroque casu erat instituendus, vel exheredandus *l. commodissime ff. de liber. et post.* Hinc a Gallo Aquilio prodita fuit formula, quae in secundum casum ex Lege Velleja posthumus recte institueretur, quae traditur a Scaevola in *l. Gallus in princ. ff. eod.*

Quaeritur autem in §. *quidam ita* 1. *ejusdem Legis*, an ea formula omnino servanda esset, an vero posset etiam institui nepos simpliciter, non expressa morte filii. Respondet Scaevola, posse. Quidni ita responderet. Agitur de formula inventa a Jureconsulto, non de servando Legis praecepto. Lex tantummodo praecepit, ut nepos heres institueretur; nullam formulam praescripsit, qua deberet institui. Testator igitur paruit praecepto Legis nepotem instituendo: quid causae est, cur valere non debeat institutio? At enim non expressit casum filii praemorientis. Necesse non erat: nam qui simpliciter nepotem instituit, eum instituit etiam in casum filii praemorientis. Genus enim singulas species comprehendit; et qui generaliter loquitur, singula nominare videtur, perinde ac si ea expressisset, *l. si chorus* 79. *in princ. ff. de legat.* 3. *l. Maevius* 66. §. *non idem ff. de legat.* 2. *l. ait praetor.* 7. §. *Et si sine ff. de minor.* et aliis omissis, ad rem nostram egregie facit Pomponii responsum in laudata *l. commodissime ff. de liber. et posthum.* Quoniam vero in casum filii viventis non potest valere institutio, neque hoc casu possit nepos admitti, *l. cum in testamento ff. de hered. instit.* quia vivente patre non esset suus heres avo, adeoque non posset institui: sequitur, ut videatur institutus in casum filii praemorientis, et in aliis casibus, in quibus institui potest, veluti si filius fuerit emancipatus, et hujusmodi caeteris. Haec duo igitur concurrunt: primum necessitas, quia testator a Lege Velleja cogebatur in hunc casum heredem posthumum instituere: praeterea praesumptio juris, quod verisimile sit, unumquemque voluisse dispositionem suam valere, ut supra probavimus. Accedit, quod et civilis et naturalis ratio dictat, et usus quotidianus comprobavit, generalem sermonem referendum ad ea, quae fieri possunt, non autem ad ea, quae fieri nequeunt, et in generali sermone non possunt comprehendi. Quidam legavit uxori suae, quae vivens ei donaverat: generalis hic sermo refertur ad donationes, quae alias non essent valiturae, quia, quod utiliter donavit, legare non potest. *l. si quando* 109. *ff. de legat.* 1. Qui calendis stipulatur, hoc sermone omnes quidem calendas comprehendit, sed ad proximas tantum refertur, quia inutilis esset stipulatio, dum debitor diceret, nunquam venisse eas calendas, in quas collata est stipulatio *l. eum qui calendis* 41. *ff. de V. O.*

Secundum argumentum petunt ex *l.* 20
si duo 38. *ff. de acquir. hered.* Si duo sint heredes necessarii, et alter se abstineat, alter postea se immisceat, hic sustinet tota onera hereditaria, quia ea conditione adire videtur. Ergo videtur voluntatem suam Legi accommodare, et ad eam se conformare.

Ridiculum hoc quidem. Quicumque adit hereditatem, sponte se subjicit oneribus hereditariis: nam cum creditoribus et legatariis contrahere videtur, et qui adit, et qui se miscet, *l.* 3. §. *ult. cum l. seq. ff. quibus ex caus. in poss. eat.* §. *heres quoque instit. tit. de oblig. quae quasi ex contr. nasc.* Sponte se subjicit, quia hereditas est successio in universum jus defuncti, et continet tam commoda quam incommoda *l. nihil est aliud* 24. *l. hereditatis appellatio* 109. *ff. de V. S. l. hereditas* 62. *ff. de R. J. l.* 1. *ff. de bonor. possess.* Ergo qui suscipit hereditatem, necessario suscipit non solum commoda, sed etiam incommoda, *l. heres in omne* 37. *ff. de acquir. hered.* Et licet partem tantummodo susceperit se immiscendo, tamen reliqua pars abstinentis ei etiam invito accrescit *l. testamento C. de impub. et aliis subst.* Nulla igitur hic opus est interpretatione, nec voluntas ad dispositionem Legis trahenda est, ut ad onera partis, quae accrevit, teneatur: quia et necessitas, quam ipse sibi imposuit se immiscendo, et natura actus, et clara voluntas ad id eum necessario adstrin-

gunt. Neque in hoc est ulla dubitandi ratio, plana enim omnino res est: sed an possit a se repellere partem abstinentis, et totam hereditatem dimittere, ut in *l. cum hereditate* 55. *ff. eod. de acquir. hered.* quod facere posset, si se immiscuisset, antequam alius abstineret *d. l. cum hereditate:* Sed cum se immiscuerit, postquam alius abstinuit, scire debuit, se immiscendo, totam hereditatem acquirere *d. l. si duo in fin.* cum nemo possit partem hereditatis acquirere, partem repudiare, *l.* 1. *et* 2. *l. si solus.* 80. *ff. de acquir. hered. l. un.* §. *his ita definitis C. de caduc. toll.*

Tertium igitur argumentum ipsis suppeditat Paulus in *l. quaero* 54. §. *inter locatorem* 1. *ff. locat.*

21 Sed responsio patet ex iis, quae supra annotavimus. De substantia locationis est merces, et sine ea non contrahitur, *princ. tit inst. de locat l. si vir uxori* 52. *ff. de don. inter. vir. et uxor. l. si convenerit* 23. *ff. commun. divid.* et qui rem suam locat, eo animo locat, ut mercedem percipiat, eamque exigat a conductore: hic enim est unicus finis locationis; ac propterea verisimile non est, eum remisisse hanc necessitatem solvendae quotannis pensionis, de qua convenit in contrahendo, et sine qua conventione locatio nulla fuisset. Quae sunt de natura contractus, quae respiciunt finem contrahentium, naturaliter insunt contractui, nisi quid contra expresse caveatur, *l. cum quid* 3. *ff. de reb. cred. l. ex empto* 11. §. 1. *et* 2. *ff. de action. empt.* Locator promiserat, se non expulsurum conductorem; non tamen expresserat casum non solutae pensionis. Recte respondit Paulus, verisimile esse, hunc casum comprehendere noluisse. Non ducit argumentum a dispositione Legis, sed a verisimili. Neque enim verisimile est, quemquam velle permittere alteri, ut re sua fruatur, cum mercedem solvere detrectat. Repugnat communis usus omnium hominum: repugnat natura contractus: repugnat finis contrahendi.

Opponunt etiam text. *in l. peto* 69. §. *fratre ff. de leg.* 2. Sed in hac Lege testator nihil disposuit, sed solum jussit, domum in familia relinqui. Heres nulli reliquit, sed domum alienavit. Si non alienasset, poterat cuicumque de familia relinquere, *l. filiusfam.* 114. §. *cum pater ff. de leg.* 1. cessante heredis dispositione, Lex ipsa disponit, et proximos vocat: et recte quidem, quia major erga eos testatoris affectio praesumitur. Si heres disposuisset, ex qualibet levissima conjectura ab hac vocatione recederetur, ut in *d.* §. *cum pater in fin.* et in *l. cum pater* §. *a te peto ff. de leg.* 2. et in *l. cum ita* §. *in fideicommisso ff. eod.* ut supra monuimus. 22

Superest, ut explicemus Justiniani definitionem in *l. pen. C. de impub. et aliis substit.* non quia repugnet huic sententiae, sed quia videtur omnino contraria Papiniani responso in *l. heredes mei* 57. §. *cum ita* 1. *ff. ad S. C. Trebell.* quod suscepimus explicandum. Quidam duobus filiis suis heredibus institutis ita substituit: *Si uterque impubes decesserit, Titius heres esto.* Titium heredem non futurum, nisi utroque in pupillari aetate decedente definivit Justinianus probata Sabini sententia. 23

Sed non sunt haec contraria. Papinianus enim idem in simili casu respondit in *l. qui duos* 42. *ff. de vulgar. et pupill.* non potest autem probabiliter dici, Papinianum esse sibi ipsi contrarium. Itaque animadvertendum est, quod Papinianus in laudata *l. heredes mei* agit de fideicommisso, in quo conjectura potius, et mens testatoris observatur, quam propria significatio verborum, *l. cum proponebatur* 64. *in fin. D. de leg.* 2. quae est ejusdem Papiniani. Nam, et sine verbis fideicommissa relinquuntur, *l. nutu D. de leg.* 3. Propterea licet neptis conceptione verborum a fidei-

commisso videretur excludi: tamen, ut ait ibi Papinianus, cum in fideicommissis voluntatem spectari conveniat, absurdum esse respondit, ut, quae ad totam hereditatem a testatore vocata erat, a parte censeatur exclusa: nam quae de tota re dicuntur, et de parte sunt intelligenda, *l. quae de tota D. de rei vind.* Contra Justinianus in *l. pen.* agit de substitutione directa, nempe pupillari, in qua major habetur ratio verborum: et quod magis est, in ea concurrebant verborum significatio, et conjectura, seu praesumpta voluntas testatoris. Verba, quia substitutus vocatur sub conditione, *si uterque decesserit impubes:* ergo si uterque non decesserit impubes, non est vocatus. *l. si is qui ducenta §. utrum, versic. sicut e contrario D. de reb. dub.* nam qui sub conditione vocatur, sub contraria conditione excluditur, *l. quibus diebus 40. §. quidam Titio vers. quia nihil intersit D. de cond. et dem.* Verbis congruit voluntas; *cogitasse enim patrem primo filio decedente fratrem suum in ejus portionem succedere* ait ibi Justinianus. Et recte. Id enim omnino exigit necessitudo, et charitas filiorum, *ne videatur testator alienas successiones propriis anteponere*, ut idem ait in *l. cum acutissimi in fin. C. de fideicom.* Si enim videtur praetulisse liberos substitutis, cum nullam eorum mentionem fecit *l. cum avus D. de cond. et dem. et d. l. cum acutissimi:* multo magis, quando eos nominavit, et heredes instituit, argumento *l. qui filiabus 17. in princ. D. de leg. 1.* Noluit igitur testator filiis suis testamentum facere, nisi eo casu, quo ad extraneos hereditas esset perventura.

CAPUT II.

Ad Eadem L.

SUMMARIUM.

I. Vocatis masculis et feminis, feminas post masculos admittendas putant DD. ad imitationem ordinis intestatae successionis.
II. Interpretatio voluntatis nullo fundamento innixa non potest praeferri propriae verborum significationi.
III. Conjectura interpretandi dispositionem testatoris juxta dispositionem Legis non admittendae.
IV. Conjunctim vocatos, conjunctim admittendos Leges definiverunt.
V. Nihil interest, utrum dicatur, masculi cum feminis, an masculi et feminae.
VI. Legum usus est, verbis conjungere eos, quos simul ad successionem admitti praescribunt.
VII. Et ita testantium dispositiones ipsae Leges interpretantur.
VIII. Etiamsi testator non servaverit ordinem successionis intestatae.
IX. Legibus potius parendum, quam DD. opinionibus.
X. Idem traditum a DD. quando testator feminas aequae ac masculos vocavit, et n. XI. XII.
XI. Particula *aeque ac* exprimit aequalitatem. et n. XII. XIII.
XIV. Quod subjicitur conjunctioni *quam*, asseverantius affirmatur, quam id quod subjicitur conjunctioni *tam*. et n. XV.

Opinio, quam proxime confutavimus, ita invasit in animos omnium fere pragmaticorum, ut ex eorum mentibus nec ulla Legum auctoritas eam evellere, nec ulla ratio labefactare, nec ipsa veritas possit extorquere. Non minus insita est eorumdem animis; atque infixa altera ipsi consequens, et consentanea: quod si testator vocet ad hereditatem masculos, et feminas, soli masculi exclusis feminis admittantur; feminae autem vocatae censeantur solummodo post masculos, qui ipsis a statuto praeferuntur in hereditate intestata: quam vulgarem opinionem, et in foro jam inveteratam, in quaestionem disceptationemque vocare constituimus. Enimvero nunquam in animum inducere potui, structurae verborum propriaeque ac perspicuae significationi anteponendam commentitiam, et nullo jure suffultam voluntatis interpretationem: qua efficitur, testatorem, quos oratione junxit, et copulavit, eos voluntate disjunxisse, ac segregasse, et feminas, quas cum ma-

sculis vocavit ad hereditatem, exclusisse, et in remotissimum locum ablegasse, ut nunquam succedant. Plane si Lex municipalis excludat feminas propter masculos usque ad sextum vel octavum gradum, ut non raro evenit, feminae, quae testatori, vel necessitudine et sanguinis conjunctione, vel amoris, et benevolentiae vinculo erant arctissime conjunctae, et cum ipso conjunctissime atque amantissime vixerant, penitus excluduntur ab hereditate, nec ad ejus successionem unquam poterunt adspirare. Quo quid absurdius dici, aut excogitari potest? Porro quemadmodum Minervam veteres ex cerebro Jovis natam fuisse commenti sunt: ita haec conjectura non ex mente testatoris exorta per forum pervasit, sed ex cerebro Jurisconsultorum nata, atque profecta fere omnium animos occupavit. Testator vocat masculos et feminas: Lex vocat masculos exclusis feminis: testator orationis unitate masculos cum feminis
3 conjungit, et copulat: Lex masculos a feminis separat, et quasi quodam divortio disjungit, ac segregat. Suntne unanimes testator, et Lex? Suntne concordes testatoris, et Legis voluntates; an potius discordes, imo contrariae? Si est interpres mentis, oratio *l. Labeo* 7. *§. ult. ff. de supellect. leg.* si in interpretanda voluntate testatoris ratio recti sermonis habenda est, *l. Plautius* 8. *in fin. ff. de aur. et arg. leg.* si nemo videtur dixisse, quod verba non significant *l. in ambiguo* 3. *de rebus dubiis.* si non est admittenda voluntatis quaestio, ubi nulla est in verbis ambiguitas *l. ille aut ille* 25. *ff.* 1. *de legat.* 3. si non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestum est, aliud sensisse testatorem, *l. non aliter* 69. *in princ. ff. de leg.* 3. (observa illa verba: *manifestum est*) haec conjectura, quae longe abhorret a verbis, et oratione testatoris, non solum repudianda est, sed etiam explodenda.

4 Expendamus igitur ad normam usumque juris, quae initio proposuimus, verba testatoris, masculos et feminas ad hereditatem vocantis. Neminem enim tam audacem ac petulantem futurum arbitror, qui Doctorum interpretationem Legum interpretationi ducat anteponendam. Itaque in id redigo totam quaestionem: utrum Leges, au interpretes perverse judiceut de voluntate testatoris, ejusque verba perperam interpretentur: nam Leges conjunctos, simul et conjunctim admittendos esse definiunt: interpretes vero seorsum, ac separatim. Absurda profecto, et inepta controversia, nisi doctissimorum hominum judicio, et rerum judicatarum auctoritate niteretur. Sed jam quid Leges decernant, diligenter expendamus. Legislator noster Justinianus in *l. unic. § his ita definitis, vers. hoc ita tam varie C. de caduc. tollen. Hoc ita tam varie, quia conjuncti quidem propter unitatem sermonis sunt, quasi in unum corpus redacti sunt, et partem conjunctorum sibi heredum quasi suum praeoccupant.* Lex conjunctos in unum corpus redigit: interpretes hujusmodi corpus sermonis unitate copulatum et coagmentatum dilaniant, et membratim discerpunt, partesque a corpore divulsas dissipant, et longe lateque dispergunt. Ante Justinianum etiam veteres Jurisconsulti conjunctos in unum coactos tamquam unicum corpus considerarunt, ut in *l. liber homo* 59 *§. Titius* in *l. Lucius Titius* 53. in *l. interdum* 13. in *l. Julianus* 15. *in princ.* in *l. Actius* 11. *ff. de hered. instit. l. si quis Actio: alias l. si quis Titio ff. de usufr. accresc.* Et quamvis in *l. Lucius Titius* 88. *§. Lucius Titius ff. de leg.* 2. videatur, conjunctos a Scaevola separatim consideratos fuisse, cum singulis aequales partes distribuantur, tamen vere non ita se res habet. Etenim in illo legato: *libertis, libertabusque meis*, comprehenditur etiam Seja, licet separatim fuerit a testatore nominata. Testator enim habebat plures servos ancillasque, quos testamento manumisit; habebat et Sejam, quam vivens manumiserat, et educaverat.

Legavit praediolum libertis, libertabusque suis: et quia dubitari poterat, an illud solummodo legaret iis, quos testamento manumiserat, an etiam Sejae, quam manumiserat in vita, rei magis explicandae, et dubitationis tollendae gratia adjecit illa verba: *et quos hoc testamento manumisi, et Sejae alumnae meae*, quibus declarat in legato relicto *libertis, libertabusque suis*, comprehendere tum libertos, qui ex testamento consecuti erant libertatem, tum Sejam, quae libertatem obtinuerat in vita testatoris. Cum igitur legatum sit relictum libertis, libertabusque, omnes sunt in pari causa, et viriles partes habere debent: Quapropter recte respondit Scaevola, *perspicuam esse, testatoris voluntatem, omnes ad viriles partes vocantis*. Perspicuum est enim ex verbis, testatorem omnes simul vocasse, et etiam Sejam comprehendisse illis verbis: *libertis, libertabusque meis*: adeoque ad virilem etiam Sejam admitti, cum non sit ab aliis sejuncta, atque distincta. Nec meo judicio defendi potest Bartoli aliorumque sententia, atque interpretatio, quae a verbis ac mente Scaevolae est alienissima.

5 Id ipsum demonstratur, quantum arbitror, evidenter, quia neminem credo dubitaturum, quin si vocati fuerint *masculi cum feminis*, feminae simul cum masculis debeant succedere; nisi rectam rationem latini sermonis omnino pervertere velint, et ad successionem vocare, quos ipsi voluerint, non quos voluit ipse testator. Neque enim succedent masculi, cum feminis, si succedant soli masculi, feminis exclusis, facit *text. in l. si quis duobus. C. de impub. et al. subst.* Atqui nihil interest, utrum testator ita disponat: *ille cum illo:* an ita *ille, et ille l. si quis Actio 7. ff. de usufr. accres.* Verba Legis: *nec enim interest ita legetur: illi, et illi cum Maevio; an ita: illi, et illi, et Maevio.*

6 Huc accedit constans, et perpetuus juris usus, qui magister est optimus interpretandi legitimas hominum dispositiones. Nam quae regula, quae norma, quae praescriptio servanda est, si traditam nobis a Legibus interpretationem repudiamus? Leges itaque quoties duos, pluresve simul ad successionem admitti praescribunt, eos verborum conjunctione copulant; nec alia ratione explicant voluntatem suam. Justinianus cum disponit ac praecipit, ut feminae simul cum masculis admittantur ad intestatam successionem, non aliter exprimit animi sensum Legisque praeceptum, quam masculos feminis oratione copulando. In §. *hoc etiam instit. tit. de legit. agnat. succ. Non solum fratris filius, et filia ad successionem patris sui vocentur etc.* In §. 1. *de SC. Orphitian. ad similitudinem filiorum, filiarumque et nepotes et neptes vocentur.* In *Novell.* 118. *cap.* 2. §. *si autem plurimi ascendentes vivunt, hos praeponi jubemus, qui ejusdem gradus reperiuntur, masculos, et feminas.* In *ead. Nov. in cap.* 3. *in princ. Si igitur defunctus neque descendentes neque ascendentes reliquerit, primos ad hereditatem vocamus fratres, et sorores* et paulo post *cum de patre, et matre, thiis, masculis et feminis.* Et infra *solis praebemus fratrum masculorum, et feminarum filiis*; et rursus, *quando cum propriis judicantur thiis masculis, et feminis*, et iterum *thiis masculis, et feminis defuncti* In *l. cum quidam C. de V. S.* perinde est, ac si dixisset, *ille, et ille heres esto;* et deinde subdit, et concludit, quod aequa lance ambo veniunt ad hereditatem. Ergo ad mentem Justiniani verba illa: *ille, et ille heres esto*, significant, quod uterque aequa lance venire debeat ad hereditatem. Haec est eorum verborum interpretatio a Legislatore: nostro nobis tradita. An haec sit praeferenda Doctorum interpretationi, non disputo: quilibet hac de re judicium faciat. Hoc tantum addo ad interpretes nostros, ut ad dispositionem Legis trahant voluntatem testatoris, qui testando ab ea recessit, et ipsam cessare fecit, recedunt a recta ra-

tione sermonis a Lege semper usurpata, et vim inferunt tum verbis testatoris, tum ejus voluntati, tum sacrosanctis Legibus.

7 Neque solum usitata est, et in nostris Legibus translatitia ea loquendi ratio: sed etiam ita testantium voluntatem caedem Leges interpretantur. In *l. cum quidam C. de verb. sign.* modo laudata. Si institutus sit ille, et ille, uterque aequa lance admittitur ad hereditatem. In *l. si ego, et servus* 26. *ff. de acquir. vel omit. hered.* Si pater et filius instituti sunt, uterque simul est heres: itemque si dominus et servus. Et quamvis servus domino, filius patri acquirat hereditatem, tamen et servus jussu domini, et filius jussu patris adire debent: iisque adeuntibus, statim dominus et pater etiam ex sua portione acquirunt hereditatem: sed ad utrumque simul defertur hereditas, dominum, et servum, patrem et filium. In *l. si quis duobus C. de impub. et aliis substit.* Titius una cum filiis suis et Sempronius heredes sunto. Titium et Sempronium simul admittit ad hereditatem Imperator, et dimidiam Titio una cum filiis suis, alteram dimidiam Sempronio tribuit. In *c. Raynutius de testam. quod relictum fuerat fratri, et ejus filiis, omnibus debetur, nec frater suis filiis praefertur.*

8 Imo (quod magis est, et tollit omnino controversiam,) non absimili modo voluntatem testantium Leges interpretantur, quando a testatore non est servatus ordo succedendi ab intestato, nec eam trahunt ad Legis praescriptionem. In laudato *c. Raynutius de testam.* Pater filiae sine liberis decedenti substituit ejus sororem, et sobolem, quam gerebat in utero. Defuncta filia sine liberis, summus Pontifex admisit ex substitutione sororem simul cum filio, quem genuerat: licet ab intestato sola succederet soror, nepos autem nonnisi post mortem sororis vocetur. In *l. Lucius Titius* 88. §. *instituto* 15. *ff. de leg.* 2. Pater instituit filium et ex eo nepotes emancipatos: ipsi simul cum patre admittuntur, qui utique non succederent ab intestato, nisi mortuo patre, qui eos praecedit, §. *sui autem instit. tit. de hered. quae ab intest.* In *ead. l.* 88. §. *matre.* Testator instituit heredes matrem et uxorem. Supponit Jurisconsultus utramque simul succedere. Non servatur igitur inter eas ordo successionis ab intestato, quia uxor succedit ultimo loco post omnes agnatos et cognatos *l. un. C. unde vir. et uxor.* §. *sed eas instit. tit. de bonor. possess.* In *l.* 4. *C. de impub. et aliis substit.* Imperator supponit testatorem instituisse Firmianum filium suum, et AEliam uxorem, et tam filium, quam uxorem simul hereditatem obtinuisse.

Quibus probe constitutis, ita concludo. Leges disponunt voluntatem testatoris pro Lege servandam *authent. de nupt. cap.* 2. §. *disponat.* Eaedem Leges interpretantur voluntatem testatoris vocantis plures, conjunctim, quod voluerit eos simul succedere, ut probavimus; ergo aut infringendae sunt Leges, et abolendae, aut est explodenda vulgaris opinio Doctorum admittentium masculos, et excludentium feminas, quando testator vocavit masculos et feminas, eosque copulavit conjunctione verborum in eadem hereditate. In hoc igitur summa controversiae tota consistit, parendum ne sit Legibus, an effictae a Doctoribus imagini veritatis. 9

Non tamen hic consistunt interpretes, sed (ut est natura Jurisconsultorum, ut, cum aliquam opinionem in vulgus ediderint, ubi ea percrebuit, aliam ex alia comminiscantur, et ad ejus similitudinem dirigant, donec a veritate longissime aberrent) longius progrediuntur, et non solum excludunt feminas, quando testator vocavit *masculos et feminas*: Sed etiam, quando vocavit tam *masculos, quam feminas*: hoc est, non solum disjungunt feminas a masculis, quando eas testator sermonis conjunctione copulavit; sed etiam quando feminas cum masculis aequavit, atque eas aeque ac 10

masculos vocavit. Nam grammatici omnes consentiunt, has particulas habere vim exprimendi aequalitatem, et paria paribus conferendi: perinde ac si dicatur: *masculos aeque ac feminas*: quemadmodum Cic. *Lib.* 2. *epist. ad Curionem. Cui charus aeque sis, et jucundus, ac fuisti patri.* et *Acad.* 4. *Somnia dormienti aeque ac vigilanti probantur.* Quam religiose autem in interpretanda defunctorum voluntate rationem recti sermonis tenuerint veteres jurisconsulti, cum alia multa demonstrant, tum responsa Labeonis et Trebatii in *l. qui quatuor* 30. *in princ. ff. de leg.* 3.

11 Jam vero rem penitus introspiciamus, et horum verborum vim accurate expendamus. Plaut. *in Asinar. Act.* 3. *scen.* 4. *in fin. tam ego homo sum, quam tu.* et in *Captiv. scen.* 4. *tam ego fui ante liber, quam gnatus tuus.* Cicer. *epist.* 2. *Lib.* 5. *Tam sum amicus reip. quam qui maxime.* Et *in orat. pro Sylla. Tam sum misericors, judices, quam vos: tam lenis, quam qui lenissimus.* Virgil. *Georg. Lib.* 1. *v.* 204.

—— Tam sunt Arcturi sidera nobis
Haedorumque dies servandi, et lucidus Anguis,
Quam quibus in patriam ventosa per aequora vectis
Pontus, et ostriferi fauces tentantur Abydi.

12 Ad Legum auctoritatem procedamus. In *l. non solum* 11. §. *si mandatu ff. de injur. Si mandatu meo facta sit alicui injuria, plerique ajunt tam me, qui mandavi, quam eum, qui suscepit injuriarum, teneri.* In *alia l. liberis tam masculini, quam feminini sexus.* In *princ. tit. instit. de hered. instit. heredes instituere possumus tam liberos homines, quam servos.* In *l. uxori* 33. *in princ. ff. de leg.* 3. *cum tam testamenti faciendi tempore, quam mortis totam domum in usu habuerit.* In *l. hoc legatum* 45. *ff. eod. hoc legatum* uxoris causa parata *generale est, et continet tam vestem, quam argentum, aurum, et ornamenta, caeteraque, quae uxoris gratia parantur.* In *l. pro herede in princ. ff. de acquir. hered. pro herede autem gerere non esse facti quam animi. Nam hoc animo esse debet, ut velit heres esse,* vel ut alii legunt, *non esse tam facti quam animi*: Sed nihil mutandum, nam veteres JC. aliquando particulam *tam* omittunt, et subintelligi volunt.

Sed ut cominus congrediamur, Leges 13 de successione pertractantes exponamus. In §. *caeterum versic. quare instit. tit. de legit. agn. success. quare enim uno eodemque gradu naturali concurrente, et agnationis titulis tam in masculis, quam in feminis aequa lance constitutis etc. Instit. tit. de SC. Orphit. in princ.* et *data est tam filio, quam filiae legitima hereditas.* In §. *item vetustas* 15. *instit. tit. de hered. quae ab intest. Sed cum nepotis, et pronepotis nomen commune sit utrisque, tam qui ex masculis quam qui ex feminis descendunt, ideo eundem gradum, et ordinem successionis eis donaverunt.* In *l.* 2. §. *liberi ff. ad SC. Tertyllian. Liberi defuncti sui quidem obstabunt matri ejus, tam virilis sexus, quam feminini, tam naturales, quam adoptivi.* In *eod. l.* §. *objicitur matri pater in utriusque bonis tam filii, quam filiae.* Paulus *Lib.* 4. *sentent. tit.* 8. *soror jure consanguinitatis tam ad fratris, quam ad sororis hereditatem admittitur.* In *l.* 1. §. *liberos ff. si tab. testam. nullae extab. et unde liberi. Liberos autem accipere debemus, quos ad contra tabulas admittendos diximus tam naturales, quam adoptivos.* In *l. ut liberis* 17. *C. de collat. ut liberis tam masculini, quam feminini sexus, sive sui juris, sive in potestate constitutis etc.* In *l. unic.* §. *sin autem ex iis C. de caduc. toll. Sed ad omnes tam conjunctos, quam disjunctos similiter cum suo onere pro portione hereditatis perveniat.*

Et in §. *haec autem omia locum habere censemus, tam in testamentis, quam in codicillis.* In *l. cum oportet C. de bon. quae lib. Cum oportet similiter providentiam tam patribus, quam liberis deferri.*

14 Imo si verborum vim accuratius, et exquisitius perpendamus, id quod subjicitur conjunctioni *quam*, asseverantius affirmatur, quam quod subjicitur conjunctioni *tam*, et cum illud compertum, exploratumque habeatur, ex eo deducitur affirmatio, et comparatio, ut hoc etiam pro certo habeatur. *Terent. in Eunuch. Act. 4. scen. 4. Parmenonis tam scio esse hanc technam, quam me vivere.* Certius est, eum vivere, quam technam illam esse Parmenonis: sed ut hoc quoque credatur esse certissimum, cum eo, quod exploratissimum est, comparat, et aeque certum esse affirmat. Cicer. *prim. in Verr. quod si quam audax est ad conandum, tam esset obscurus in agendo* et in *Caecil. divinat. Ecquis unquam tam palam de honore, tam vehementer de salute sua contendit, quam ille, atque illius amici, ut ne haec mihi delatio detur*, et *Lib.* 5. *epist.* 2. *tam sum amicus Reip. quam qui maxime*, et *Lib.* 13. *ep.* 3. *tam mihi gratum id erit, quam quod gratissimum*, et *epist.* 20. *Lib.* 13. *ad Attic. Vellem tam domestica ferre possem, quam ista contemnere*, Ovid. *de Ponto eleg.* 14.

Tam felix utinam, quam pectore candidus essem.

15 Hoc ipsum Leges nostrae confirmant. In *l. verbum oportebit* 8. *ff. de Verb. sign. Verbum oportebit tam praesens, quam futurum tempus demonstrat.* Utique certius est, demonstrare futurum tempus, quam praesens. In *l. non solum §. si mandatu ff. de injur. Si mandatu meo facta sit alicui injuria, plerique ajunt tam me, qui mandavi, quam eum, qui suscepit, injuriarum teneri.* Eum, qui injuriam fecit, injuriarum teneri manifestum: ex eo autem deducitur comparatio ad eum, qui mandavit, ut eum quoque aeque teneri cum asseveratione affirmetur. In *l. pen. C. de his quib. ut indign.* ait Imperator. *Cum Syllanianum Senatusc. nobis tam laudandum, quam corroborandum est:* agitur ibi de corroborando, et ex eo ducit argumentum laudis. In *l. non dubium C. de testam. Non dubium, nec incertum est, sicut imperatoribus, ita qualibet dignitate, vel potestate decoratis viris tam hereditatem, quam legatum seu fideicommissum relinqui posse.* Plura omitto. nam

Non profecturis littora bobus aro.

Tam enim persuasum est, in foro versantibus veram esse contrariam opinionem, quam solem lucere.

CAPUT IIII.

Ad L. quisque 116. *ff. de Verb. sign.*

SUMMARIUM.

I. Filii appellatione filias contineri ex mente testatoris apud Jurisconsultos obtinuit.
II. Secus tamen respondendum, si constet de contraria testatoris voluntate.
III. De masculis sensisse perspicue conjicitur, si in alia parte de filiis masculis locutus sit.
IV. Etiamsi in diversa oratione id factum fuerit.
V. Repetitio qualitatis valde differt ab interpretatione verbi ambigui.
VI. Ex aliis testamenti partibus declaratur, quid testator senserit.
VII. Qualitatis in alio legato repetendae mentionem factam esse oportet in eadem oratione.
VIII. Contemplatio agnationis ad hoc non afferenda.
IX. Haec interpretatio magni ponderis est, etiamsi in alia parte, ex qua declaratur, eadem non sit ratio solos masculos vocandi.
X. Regula: ubi voluit, dixit; ergo, ubi non dixit, noluit: perperam deducitur ex l. un. §. sin autem ad deficientis C. de cad. toll.
XI. Voluntas testatoris ex natura actus maxime cognoscitur.

Altera quaestio est: an vocatis filiis, etiam filiae feminae vocatae censeantur,

si testator in alia testamenti parte de fi-
1 liis masculis mentionem fecerit. Constat filii appellatione filiam contineri, *l. quisquis* 116. *l. justa* 201. *ff. de V. S. l. si ita scriptum ff. de leg.* 2. *l. si quis ita* 26. *in princ. ff. de testam. tut.* Id tamen apud veteres fuit controversum: Labeo enim contra sentiebat, etiamsi adjectum fuisset verbum universale, *quisquis filius d. l. quisquis.* Sed reprobata fuit Labeonis sententia, et approbata sententia Proculi a Jaboleno ea ratione, quia Labeo figuram verborum, Proculus mentem testatoris secutus est, *d. l. quisquis.* Igitur sexus masculinus continet femininum *l. qui duos* 61. *in fin. et l. servis legatis* 81. *in princ. ff. de leg.* 3 *l. pronunciatio* 195. *in princ. ff. de V. S.* non quidem secundum figuram, hoc est, significationem verborum; sed justa interpretatione, qua Jurisconsulti et Imperatores verborum significationem ad feminas extenderunt *l. justa* 201. *ff. de V. S. l. cum adoptivis* 10. §. *quae in*
2 *filio* 4. *C. de adoption.* Eo fit, ut si de contraria voluntate testatoris constiterit, secus respondendum sit. Verbum enim ambiguum est: et quidem non sui natura, sed prudentum interpretatione. In ambiguo autem sermone non utrumque dicimus, sed id tantum, quod volumus, *l. in ambiguo* 3. *ff. de reb. dub.* Apposite Jabolenus in *d. l. justa* dixit *appellatione filii filiamfam. contineri saepe respondimus.* Saepe est plerumque, non semper. Et Ulpian. in *d. l. pronunciatio*: *ad utrumque sexum plerumque porrigitur*; nam si probabile sit, testatorem de masculis sensisse, facile verbum ad propriam significationem, naturamque recurret, et Labeonis senten-
3 tia praevalebit. Satis autem perspicue conjicimus testatorem de filiis masculis cogitasse, et ad eos retulisse sermonem, cum alibi de filiis masculis locutus est. Haec enim conjectura a Legibus ubique magni penditur; et secundum eam respondent illi ipsi, qui nomen filii ad filias extenderunt.

Ulpian. in *l. qui filiabus* 17. *in princ. ff. de leg.* 1. *Qui filiabus legavit: si mentionem aliqua parte testamenti posthumae fecit, videtur in filiarum legato, et de posthuma sensisse.*

Id. in *l. si servus plurium* 50. *in fin. ff. eod.* Legatus certus numerus nummorum, nec expressum, cujus generis, cujus qualitatis nummi legati sint. Respondit Ulpianus: *earum, quae praecedunt, vel quae sequuntur, summarum scripta spectanda sunt.*

His duabus legibus evincitur, errare 4
eos, qui putant hoc admittendum solummodo, cum nomen *masculi* adjectum est in eadem oratione: secus autem, si in diversa. Clara sunt verba legis: *si mentionem aliqua parte testamenti posthumae fecit*; et: *earum quae praecedunt, vel quae sequuntur.* Multae aliae sunt leges, quibus id docemur, ut *in l. Maevia* 43. *ff. de manum. test.* Ibi: *contextus verborum totius scripturae*, *l. nummis* 75. *ff. de leg.* 3. Ibi: *neque ex contextu testamenti.* Sed de his uberius disserui in antecedentibus. Quid ad has leges respondent? Nihil. Standum est eorum auctoritati.

Hic autem plerorumque errorem dete- 5
gam necesse est. Non distinguunt repetitionem qualitatis ab interpretatione verbi ambigui: et in hac quaestione disputant, quando testator videatur repetiisse masculinitatem. Status nostrae quaestionis est longe diversus. Hoc quaeritur: an testator nominando filios, de masculis senserit, an vero etiam feminas comprehenderit. Si propriam verborum significationem, secutus est solum masculos: si prudentum interpretationem, masculos et feminas comprehendisse dicemus. Est hoc verbum ambiguum: quid voluerit testator significare, nemo melius declarare potest, quam ipse testator: satis autem declarasse videtur voluntatem suam; hoc est, quid nomine filiorum intellexerit, quoties ex aliis testamenti partibus constat, eum sensisse de masculis. Nulla hic opus repetitione: sola verbi

ambigui interpretatio, et declaratio in hac quaestione versatur. Eadem prorsus est quaestio de posthumis: *Nomen filiarum et in posthumam cadere, quaestionis non est*, inquit Ulpianus in *l. nomen* 164. *ff. de V. S. l. si quis* 5. *ff. de testam. tut.* Sed si quis legaverit filiabus, non videtur legasse etiam posthumae. Legata enim relinquuntur ob merita, *l. nec adjecit ff. pro soc.* nullum autem meritum esse potest ejus, qui non est in rebus humanis. Nec eadem est affectio, imo nec esse potest erga filiam, quae nondum est, et fortasse nunquam erit: ac erga viventes, et notas testatori: Igitur in legatis nomine filiarum posthuma non continetur: verumtamen si aliqua testamenti parte posthumae mentionem fecerit, de ea quoque sensisse creditur, *d. l. qui filiabus*, non quidem vi tacitae repetitionis, sed interpretationis ductae ab intelligentia sensuque testatoris. Haud aliter in *d. l. si servus* 50. *in fine*, summae, quae praecedunt, aut quae sequuntur, non repetuntur in legato certi numeri nummorum, nec repeti possunt; perverterent enim ac mutarent legatum; finge, legati sunt centum nummi, dubitatur cujus generis nummi legati sint. Proprie nummus est sestertius, et ita accipiunt omnes latini auctores, qui nomine nummi sestertium semper significant. Nihilominus quia sunt nummi argentei, *l. lege* 9. *ff. de leg. Cornel.* cujusmodi erant sestertii: sunt etiam nummi aurei, *l. quicumque* 8 *ff. eod.* idcirco incertum est, testator argenteosne, an aureos legare voluerit. Si praecedant, vel sequantur similia legata, quorum summa vel proxime accedat, vel excedat summam centum aureorum, etiam in hoc legato de centum nummis aureis sensisse testatorem responsum est. Non possunt hic repeti summae sine eversione ipsius legati. Hoc tantum praestat aliarum summarum consideratio, quod nobis demonstrat, quid senserit testator, quid verbo ambiguo significare voluerit.

Atque haec interpretatio necessaria est, ne pereat legatum. Repetitio autem necessaria non est ad sustinendum legatum, quod etiam sine repetitione valebit: et cum extrinsecus adsciscat qualitatem, aut conditionem, quam testor ipse non adjecit, facile non debet admitti. Eo fit, 7
ut requirantur in eadem oratione factam fuisse mentionem ejus qualitatis, quae in alio legato repetenda est. *In l. Sejae* 20. §. 2. *ff de instr. vel instrum. leg. Gajo Sejo alumno meo fundos meos illum, et illum, ita ut instructi sunt, et domum superiorem dari volo:* etiam domus instructa dari debet, cum eadem oratione eodemque legato contineatur, et fundis copuletur, nisi aliud sensisse testatorem, heres manifeste doceat. Quamquam vere non ex repetitione id fit, sed potius, quia verba illa, *ita ut instructi sunt*, referuntur etiam ad domum. Similiter in *l. ult.* §. *ult. ff. de trit. vin. et ol. leg.* et in *l. nam quod liquidae* 4. §. *ult. ff. de pen. leg. omnem penum praeter vinum, quod Romae erit*: verba *quod Romae erit*, afficiunt etiam penum. Caeterum vera repititio; nempe cum id, quod in una dispositione testator adjecit, ad aliam quoque traducimus, admittenda non est, nisi evidens aliqua ratio id suadeat. Sed hac de re copiose diximus in superioribus. Quamobrem probe errant, qui repetitionis inducendae regulas transferunt ad interpretationem verbi ambigui.

Errant pariter et illi, qui distinguunt, 8
utrum testator familiae suae et agnationis conservationem fuerit contemplatus, an non: primo casu filiorum nomen solos masculos ajunt comprehendere: secundo non item. Etenim hi evertunt ac destruunt regulam traditam in *l. qui filiabus*, in *l. si servus*, et in aliis legibus, quas supra recensuimus: subvertunt regulam, quod una pars testamenti aliam declaret, qua nihil aptius et conducibilius ad explicandam nominis ambiguitatem, et obscuram testatoris mentem ac voluntatem in lucem veritatis profe-

rendam. Quoniam agnationis contemplatio, familiaeque conservatio, ipsa per se sola sufficit ad excludendas feminas, in quibus familia finitur, *l. pronunciatio* 195. *in fin. ff. de V. S. et l. seq.* superflua igitur est, et inutilis regula, quae in laudatis *ll.* constituitur. Et sane quam alienum et absurdum esset intrudere quaestionem agnationis et conservationis familiae in legato relicto filiabus, in legato rumnorum et similibus? Sed has leges nihili faciunt quasi alienas a proposita quaestione, et ad rem nihil attinentes.

9 Multo tolerabilior est error eorum, qui putant, valere hanc regulam, cum eadem est ratio vocandi solos masculos in utraque parte testamenti; aut cum major est ratio in ea dispositione, in qua filii simpliciter sunt vocati. Enimvero si par, aut major ratio sit, verissimum est, nomen filiorum ad solos masculos referri; sed de hoc nulla est controversia: et argumentum ducitur potius ab identitate, et majoritate rationis, ut ajunt, quam a verbi ambigui recta interpretatione ex mente, sensuque testatoris. Non tamen verum est, requiri parem eamdemque rationem in utroque casu; eaque deficiente levem, atque inanem esse hanc interpretationem. Nusquam enim in jure nostro veteres tale quidpiam attigerunt. Sola mentio posthumae in aliqua parte testamenti sufficit Ulpiano in *l. qui filiabus ff. de leg.* 1., nihil curat de ratione: nihil requirit praeter solam mentionem: factane fuerit in alia dispositione, an alio modo, non quaerit: sufficit, eum de posthumis cogitasse, et filiarum numero posthumas habuisse. Atque id unice requiritur in hoc genere interpretationis, *l. quaesitum* 12. §. *Papinianus quoque* 45. *ff. de instr. vel inst. l. qui non militabat* 78. §. 1. *versic. veteres ff. de hered. inst. l. si quis vinum* 9. *in princ. vers. haec omnia, et l.* 1. *ff. de trit. vin. et ol. leg. l. servis urbanis* 99. *in princ. ff. de leg.* 3. Porro hi DD. prolabuntur in eum errorem, quem initio refutavimus. Nimirum non distinguunt repetitionem a verbi ambigui interpretatione. Ad repetendam conditionem vel aliquam qualitatem extrinsecam plerumque requiritur rationis identitas: ad interpretandum verbum ambiguum sola declaratio testatoris ubicumque, et quomodocumque facta sufficit. Verum enim vero non negaverim, quod si in dispositione, in qua testator expressit filios masculos, sit aliqua ratio specialis, qua constet, eum adductum fuisse ad excludendas feminas, quae deficiat in dispositione, in qua simpliciter filios nominavit; in hac dispositione filiorum nomen etiam feminas posse comprehendere. Sed hoc probare tenentur ipsae filiae, quae se comprehensas esse contendunt.

Superest, ut confutemus opinionem 10 eorum, qui hanc speciem interpretationis nihili faciunt, et sequuntur contrariam regulam: ubi voluit, dixit, ergo, ubi non dixit, noluit; quam deducunt ex *l. unic.* §. 11. *vers. sin autem ad deficientis C. de cad. tollend. nam si contrarium volebat, nulla erit difficultas conjunctim eam disponere.*

Respondetur, eam Justiniani constitutionem, quae est unicum contrariae sententiae fundamentum, nihil ad rem nostram pertinere. Non agitur ibi de interpretatione verbi ambigui: sed de voluntate testatoris secundum naturam legati, quod reliquit, interpretanda. Non quaeritur, quid verba testatoris significent: sunt enim clara; nec ulla in his est ambiguitas: imo testator de onere in collegatarium transferendo *ne verbum quidem.* Solum quaeritur, quid ferat natura legati disjunctim pluribus relicti: et a Justiniano ponitur differentia, quae intercedit inter legatarios conjunctos, et disjunctos: eaque est, quod uno deficiente, pars ejus conjuncto accrescit cum onere: disjuncto vero sine onere. Id provenit ex diversa natura utriusque legati. Conjuncto proprie accrescit pars conjuncti deficiens: disjuncto proprie non accrescit, sed sibi non decrescit. In con-

junctis, altero deficiente, alterius legatum augetur: in disjunctis non minuitur, *d. l. un.* §. *ubi autem* 11. *vers. sin vero non omnes.* Haec ideo quia in disjunctis testator ipsa conceptione verborum solidum singulis assignat: licet velit, singulos partem virilem habere, si omnes concurrant: concursu scinditur inter eos legatum, §. *si eadem* 8. *inst tit. de legat.* et partes fiunt *l. plane* 34. §. *Sed si* 10. *ff. de leg* 1. *l. conjunctim* 80. *ff. de leg.* 3. Caeterum si alter non concurrit, alter solidum habet ex sua persona, non ex persona deficientis: cum enim solidum habuerit a testatore, nec alter ab eo partem ullam abstraxerit concurrendo, suo jure solidum obtinet legatum nulla in parte a collegatario diminutum *d.* §. *ubi autem versic. sin vero.* Contra in conjunctis altero deficiente, alter, qui legatum agnoscit, partem deficientis ex ejus persona capit proprio jure accrescendi: quoniam licet testator videatur singulis solidum dedisse; tamen vi ipsa conjunctionis tum rei legatae; tum verborum, singulis dedit. Nam qui dat Titio et Sempronio rem aliquam, cum integram quilibet habere non possit, re ipsa dat utrique dimidium. Quocirca olim in legato damnationis pars deficiens penes heredem remanebat, si conjunctim legatum fuisset; si disjunctim, solidum legatum legatarius obtinebat, *Ulpian. tit* 24. §. 13. *l. plane* 34 §. *si conjunctim ff. de leg.* 1. *l. si Titio* 7. *ff. de leg.* 2. etiamsi ambo concurrant, Cajus *lib.* 2. *inst tit* 5. §. 5. Ulp. *ibid.* §. 12. Pro diversa horum legatorum natura statuit Justinianus, ut conjuncto pars deficiens accrescat etiam invito, et cum onere adjuncto juxta regulam *text. in l. qui in jus* 177 *ff. de R. J. et l.* 4. *ff. de legat.* 2. *et l. si Titio* 61. §. *ult. ff. cod.* disjuncto vero volenti dumtaxat, et sine onere. Et hoc statuit secundum voluntatem testatoris, qui *si contrarium volebat, nulla erit difficultas conjunctim ea disponere.* Recte sane. Semper enim intelligendum est, tum contrahentes, tum testatores disposuisse secundum naturam actus, nisi expressim contrarium declaraverint, ut luculenter ostendimus in superioribus.

11 Praeterea etiamsi ageret Imperator de interpretatione verbi ambigui, tamen nihil contra nos probaret, quia nullum aliud verbum clarum et indubitatum est, ex cujus significatione sumi possit ambigui verbi interpretatio, et cognosci voluntas testatoris. Hic autem nulla opus est interpretatione, quia ea satis cognoscitur ex natura legati, ex natura actus. Itaque haec constitutio Justin. a nostra quaestione est alienissima. Non nego tamen, audiendas esse feminas, si velint probare, se nomine filiorum comprehendi: sed ipsis onus probationis incumbit, quia contra eos stat regula, et praesumptio juris.

CAPUT IV.

Ad L. quoniam sororem C. de jur. deliber.

SUMMARIUM.

I. Hereditas non adita non transmittitur. Idem est de bonorum possessione.
II. Hereditas ex testamento legis auctoritate nobis acquiritur.
III. Item et multo magis hereditas ab intestato.
IV. Jus adeundi hereditatem an transmitti possit? et num. V.
VI. Exponitur l §. in fin. cum l. seq. ff. de bonorum possess. contra tab.
VII. Bonorum possessio, quae ex aequitate praetoris decernitur, non ex jure defuncti competit, sed ex praetoris auctoritate.
VIII. Exponitur l. 3. §. eleganter ff. ad SC. Syllan.
IX. Explicatur l. qui patri 59. ff. de acquir hered.
X. Bonorum possessio infantis nomine agnita, eo die functo, in infantia, ad heredes transmittitur.
Sui heredes transmittunt bona et hereditatem paternam ad heredem quasi proprium ipsorum patrimonium, non quasi patris hereditatem non aditam.
XI. Bonorum possessionem vero, nisi agnita fuerit, non transmittunt.

Hereditas non adita non trasmittitur. 1
Justin. in *l. un.* §. *in novissimo C. de*

caduc. toll. Hereditatem, nisi fuerit adita, transmitti, nec veteres concedebant, nec nos patimur. Idem confirmat in *l. quoniam sororem*, et in *l. si infanti* §. *sin vero C. de jure deliber.* Idem traditum de bonorum possessione in *l. emancipata* 1. *C. qui admitti.* Adeo ut etiamsi per alium heredis nomine fuerit agnita, et heres moriatur, antequam ratam habuerit agnitionem, eam non transmittat. Quod luculenter explicatur ab Ulpiano in *l.* 3. §. *acquirere ff. de bon. possess.*

2 In investiganda certissimae hujus regulae ratione discruciantur interpretes nostri. Sex numero collegit et refutavit doctissimus Gomez. Dicam et ego, quod sentio. Rem altius puto esse repetendam. Lex XII, Tab. amplissimam disponendi de rebus suis facultatem omnibus tribuit. Uti quisque legaverit rei suae, ita jus esto, *l. verbis legis* 120. *ff. de V. S.* Si heres a testatore institutus hereditatem adeat, statim acquirit hereditatem, et omne jus defuncti, *l. heres quandoque* 54. *ff. de acquir. vel om. hered.* atque id legis auctoritate, quae testamentarias hereditates confirmat, *l. lege obvenire* 130. *D. de V. S.* Itaque lege obvenit hereditas heredi instituto, *d. l. lege obvenire* 130. non autem ejus heredi, qui a testatore vocatus non est: adeoque ejus vocationem et institutionem Lex non confirmat, neque potest confirmare, deficiente testatoris dispositione. Cum autem Lex invito non deferat hereditatem, praeterquam heredibus necessariis, consequens est, herede non adeunte, destitui testamentum et irritum fieri. *l.* 1. *ff. de injust. rupt. princ. tit. inst. de hered. quae ab int.* quoniam heredis institutio caput est, et fundamentum totius testamenti. §. *ante heredis* 34. *inst. tit. de legat.* et vires capit ab institutione, *l. quod per manus* 10. *in fin. ff. de jur. codicill.* nec potest ullum testamentum valere, quod heredem non habet. *l. penult. vers. nec potest, ff. de his, quae in testam. del.* Destituto, atque irrito facto testamento nemo quidquam juris habere potest ex eo: defertur enim hereditas ab intestato, *l. si quis filium* 34. *prope fin. C. de inoff. test.* Ibi: *testamento remoto ab intestato eum vocari l. scripto* 7. *in princ. ff. si tab. test. null. ext. l. quamdiu* 39. *ff. de acquir. hered.* et omne jus habet heres ab intestato, cui Lex ipsa defert hereditatem. §. 1. *et seqq. instit. de hered. quae ab int.* Heres igitur ejus, quem testator instituit, nullum jus habere potest. Non ex testamento, quod irritum est, et non subsistit: non ex voluntate testatoris, qui eum neque vocavit, neque instituit: non ex legis auctoritate, quae solum fovet, et tuetur institutos a testatore, cujus dispositionem confirmat: non ex jure heredis instituti, qui habet quidem facultatem adeundi; sed si nolit, aut non possit adire, non potest alium heredem facere, transmittendo in eum hereditatem non aditam, in quam nullum jus habet.

Eadem ratio, imo multo major, est 3 in hereditate intestata, quae legitima appellatur, quia a sola lege defertur, et jure legitimo nobis obvenit, *l.* 3. §. *de illo ff. pro soc.* Lex autem eamdem defert quibusdam certis personis, hoc est, proximis in suo cuique ordine: nec personas a lege vocatas praetergredi potest, *l.* 2. §. *legitima ff. de suis et legit. hered.* Ibi: *legitima hereditas tantum proximo defertur.* Si defertur tantum proximo, non defertur ejus heredi: non potest igitur eam acquirere, *l. delata ff. de V. S.* Certissimo argumento est, quod proximo, qui vocatus erat a lege, non adeunte, alteri proximiori, qui deinceps eum gradu sequebatur, hereditas vacans minime deferebatur. Nam ne inter proximos quidem, quamvis a lege vocatos, erat successio, §. *placebat instit. tit. de legit. agnat. success. l.* 1. §. *sciendum, et l.* 2. *in princ. ff. de suis et legit. hered.* Si proximo, cui delata fuerat hereditas, non adeunte, successio expirabat, et sequenti non deferebatur,

licet esset ex ordine, ac numero eorum, qui a lege vocabantur, multo minus deferri poterat ad proximi non adeuntis heredem, qui non est de numero vocatorum a lege.

4 Hoc probe stabilito et fixo, excutienda sunt ea, quae contra opponuntur. Primum autem illud putant insolubile argumentum. Quamvis transmitti non possit ipsa hereditas, quia non est in bonis nostris, *l. pretia rerum ff. ad leg. Falcid.* tamen transmitti potest jus adeundi, quod habet ad hereditatem vocatus, ex quo ei delata fuit hereditas, *l.* 3. *C. de inst. et subst.* quod nonnisi triginta annis praescribitur, *l. licet, C. de jure delib.* adeoque eo mortuo jus hoc adeundi transire debet in heredem, in quem transeunt omnia jura defuncti, *l. heres in omne* 37. *ff. de acquir. vel omit. hered. l. nihil aliud*, 24. *ff. de V. S.*

In promptu est ex dictis responsio. Jus adeundi non habet nisi ille, cui delata est hereditas; hic enim solus eam potest acquirere, *l. delata* 151. *ff. de V. S. l. is qui heres* 13. *in princ. l. nec is* 17. *in fin.* juncta *l. seq. l. si is ad quem* 22. *ff. de acq. vel om. hered.* Atqui heredis heredi non defertur hereditas, neque ex testamento, quia non est institutus, neque ab intestato, quia non vocatur a lege, cum non sit proximus, ergo non potest habere jus adeundi.

6 Secundo loco contrarium videntur respondisse Paulus, et Julianus in *l.* 4. *in fin. cum l. seq. ff. de bon. possess. contra tab.* Species legum haec est: Pater reliquit filium jam natum, et uxorem praegnantem: filium instituit, posthumo praeterito. Notat Paulus, quod filius institutus potest agnoscere bonorum possessionem contra tabulas, etiam antequam nascatur posthumus, ut si decedat, antequam nascatur posthumus, beneficium bonorum possessionis ad heredem transmittat. Subdit Julianus in *l. seq* Sed etsi decesserint, antequam peterent bonorum possessionem, non est iniquum, praetorem decernere, eorum heredibus salvum fore commodum bonorum possessionis secundum tabulas, vel contra tabulas.

Resp. his ipsis legibus perspicue demonstrari bonorum possessionem non trasmitti. In *l.* 4. Paulus filium jam natum admittit ad bonorum possessionem contra tabulas, quia iniquum esset, eum morientem ante natum posthumum non transmittere beneficium bonorum possessionis ad heredem. Ergo si non eam agnosceret, non transmitteret. In *l. seq.* heredibus datur bonorum possessio, etiam si ille ante mortem eam non agnoverit: non tamen ei competit ex vi transmissionis, sed ex decreto Praetoris. Si defunctus in heredem transmisisset bonorum possessionem, heres posset eam agnoscere, nec opus esset decreto Praetoris. Edictalis enim bonorum possessio, quae ex edicto defertur, et agnosci, et repudiari potest, *l.* 1. §. *unus enim quisque ff. de success. edict.* decretalis non item, quia non defertur edicto, sed a Praetore pro re nata, et urgente aequitate decernitur, atque adeo simul et decernitur, et defertur, et acquiritur: acquisita autem amplius repudiari non potest, *l.* 1. §. *decretalis ff. eod.* In hac igitur, quia cessant edicti verba, sed naturalis ratio, et aequitas urget, decretum Praetoris est necessarium, *l. in ambiguis* 85. §. *ult. ff. de reg. jur.* cujusmodi sunt exempla in *l. si duobus* 14. §. *ult. ff. de bon. poss. contr. tab. l. ventre praeterito* 84. *D. de acquir. vel om. hered. l. decessit* 8. *in princ. D. de Carb. edict. l.* 1. §. *si ea quae* 14. *D. de ventr. in possess. mitt.* Ad rem igitur. Cum defun- 7
ctus legitimo impedimento remoratus fuerit a petenda bonorum possessione, quia scire non poterat, utra bonorum possessio foret competitura, nam posthumo nascente, danda erat ei contra tabulas: eo non nascente, secundum tabulas: iniquum est, eum non transmittere beneficium bonorum possessionis ad heredem, *d. l.* 4. verum quia, si neutram agnove-

rit, nullo modo potest eam non agnitam transmittere: idcirco urgente aequitate Praetor decreto suo debet heredi ejus subvenire, atque ipsi bonorum possessionem decernere. Habet igitur heres bonorum possessionem non a defuncto ope transmissionis, sed a decreto Praetoris, sine quo nullum haberet jus, sicut nullum habet ante decretum: per decretum enim ei simul et defertur, et acquiritur bonorum possessio, *l. ventre praeterito* 84. *D. de acquir. vel. om. hered. l. scriptus* 12. *D. de Carbon. edict.* in quibus pariter eadem de caussa heredibus a Praetore succurritur.

8 Tertio opponi potest *l.* 3. §. *eleganter et l.* 4. *ff. de S. C. Syllan.* Testator fuit occisus: heres scriptus in testamento hereditatem non adivit, eaque non adita mortuus est: transit hereditas ad ejus heredes, eisque dantur actiones utiles.

Resp. non transmitti hereditatem a defuncto non aditam ad ejus heredes, argumento est, quod si trasmitteretur ad heredes hereditas testatoris occisi, haberent actiones directas, cujusmodi eas habebat occisus, *l. heres in omne ff. de acquir. vel om. hered.* non autem utiles. Igitur ita se res habet. Senatusc. Syllanianum vetuit aperiri testamentum testatoris, et, qui aperuerint, etiam Praetoris edicto puniuntur, *l.* 3. § *quod ad causam* 18. *cum seqq. ff. de SC. Syllan.* Ante apertas testamenti tabulas non poterat heres adire hereditatem, sed interim quaestio de servis habenda erat, *d. l.* 3. § *quod ad causam* 18. *et* §. *non tantum* 29. *ff. ad SC. Syllan.* Iniquum igitur visum est, tum ipsum heredem, tum ejus heredes privari emolumento hereditatis sine ulla ipsorum culpa: sed solum ex ea re, quod legi paruerunt. Nam si alia quaecumque causa remoretur heredem ab adeunda hereditate praeter metum Senatusconsulti, ejus beneficio non gaudet, *d. l.* 3. *in fin. et l.* 4. *ff. de SC. Syllan.* Succurrendum igitur heredi fuerat aliquo modo, si ante apertas tabulas decessisset. Neque enim heres poterat hereditatem non aditam transmittere: neque hoc contra certissimam juris regulam voluit Senatus decernere. Decrevit igitur in heredes defuncti transire actiones utiles, ad reparandum damnum, quod ipsis a Senatuscon. fuisset obventurum, *d. l.* 3. *et* 4. Si in heredes transirent directae actiones, ipsa hereditas esset transmissa, ex qua dantur directae actiones. Transeunt igitur actiones utiles, quae sunt quidem similes actionibus directis, eisque deficientibus, dantur ad earum similitudinem, idemque persequuntur, *l* 5. *C. si aliena res pign. l. naturalis* 5. §. 4. *vers. sed tutius ff. de praescr. verb. l.* 3. *C. de don. quae sub modo l.* 1. *C. de pact. conven. tam super dot.* His animadversis, apparet, hac lege demonstrari, hereditatem non aditam transmitti non posse.

Sed rursus opponi potest perdifficilis text. in *l. qui patri* 59. *ff. de acquir. vel omit. hered.* Species legis est. Pater habebat duos filios, alterum puberem, alterum impuberem: utrumque heredem instituit: et impuberi substituit pupillariter fratrem puberem. Hic mortuus est ante pupillum, instituto herede Titio. Postquam Titius adiit hereditatem, moritur pupillus in aetate pupillari. Evenit igitur casus pupillaris substitutionis: verum quia frater substitutus non est amplius in rerum natura, non potest ad eum hereditas pervenire. Nihilominus Titio defertur, imo Titio necessario acquiritur. Atqui frater pubes, qui eum heredem instituit, non potuit adire fratris impuberis viventis hereditatem, quia viventis hereditas adiri non potest, *l. si quis mihi bona* 25. §. *an nominatim l. neminem* 27. *l. heres* 32. *in princ. ff. de acquir. vel omit. hered.* ergo transmisit in Titium suum heredem pupilli hereditatem, quam ante mortem nec adivit, nec adire potuit. 9

Resp. quod Titio obvenit quidem hereditas pupilli ultimo morientis, non ju-

re transmissionis, sed jure accrescendi. Non jure transmissionis, quia hereditas pupilli fratri praemortuo numquam fuit delata. Nulla enim est viventis hereditas, nec est in rerum natura, *l.* 1. *ff. de hered. vel act. vend.* adeoque transmitti non potest, quemadmodum nec vendi, *d. l.* 1. *et l. non putavit* 8. §. 2. *primo gradu ff. de bon. poss. contra tab. l. sed si plures* 10. *in princ. ff. de vulgar. et pupill. l. quidam vers. ego autem usq. ad* §. 1. *ff. de jur. codicil.* Obtinet igitur hereditatem jure accrescendi, *d. l. qui patri in fin.* Ibi: *et accrescendi jure acquiri cuicumque patris heredi.* Quid ita? Nempe sicut filii a patre instituti sunt necessarii heredes patri, ita, etsi pupillariter sibi substituantur, alter alterius est heres necessarius: unicum enim est testamentum, et quod pro se facit pater heredem instituendo, et quod pro filiis, pupillariter substituendo, *l.* 2. § *prius autem ff. de vulg. et pupill.* et nostra *l. qui patri in princ.* Itaque si filius pubes qui fuit patri heres, necessario etiam debet habere hereditatem fratris impuberis, cui pupillariter fuit substitutus, nec potest eam repudiare *l. si plures* §. *filio cum seq. ff. de vulg.* Atque haec necessitas etiam ejus heredi a jure imponitur, *d. l. qui patri*, Ibi: *nam is, qui heres extiterit, pupillo quoque heres necessario erit.* Etenim sicut defunctus erat obligatus ad suscipiendam pupilli fratris hereditatem, quandocumque in pupillari aetate decessisset, ita obligatus est ejus heres: sicut vivente fratre pupilli morientis hereditas necessario jungi debebat paternae hereditati, ita eidem conjungi nunc debet: adeoque ad Titium pervenire, qui paternam hereditatem possidet, quae ad se trahit hereditatem pupilli jure accrescendi. Titius enim non solum est heres puberis pridem defuncti, sed etiam patris ejus, *l. si quis filium* 7. *in fine ff. de acquir. hered.* non potest igitur praetermittere hereditatem, *d. l. qui patris in princ. l. quidam elogio* 20. *C. de jure delib.* Porro haec Neratii definitio singularis est, et memoriae mandanda.

Postremo contrarium videtur rescri- 10
ptum Imperatorum in *l. infantis* 3. *C. qui admitti. Infantis nomine agnitam bonorum possessionem, et, antequam loqueretur, diem functi recte competere nulla dubitatio est.* Bonorum possessio per alium nobis acquiri non potest, nisi ratam habuerimus ejus agnitionem, *l.* 3. §. *acquirere ff. de bon. poss. l. si quis alicui* 48. *ff. de acquir. vel omit. hered.* Infans autem ratum habere non poteat, quod nomine ejus gestum est, cum nullum habeat intellectum, §. *sed quod diximus* 10. *instit. tit. de inut. stipul.* et furioso comparatur, *l.* 1. §. *furiosus ff. de acquir. vel omit. possess.*

Resp. quod licet in multis juris articulis infans furioso comparetur; tamen quoad acquirendam bonorum possessionem non est similis furioso, *l.* 2. §. *sed si infanti* 13. *ff. ad SC. Tertyll.* Multa enim singulariter favore infantis sunt constituta: praesertim quoad acquirendam hereditatem vel possessionem, praecipue in *l. si infanti C. de jur. delib.* in qua patri datur facultas non solum petendi bonorum possessionem pro filio infante, sed etiam adeundi hereditatem: quod abhorret a regulis juris, *l. potuit C.* 5. *eod.* imo, etsi adire neglexerit, et infans decesserit, potest jure patrio bona infanti devoluta quasi jam infanti quaesita occupare, *d. l. si infanti in princ. et in* §. 1 *C. eod.* Inter haec infanti singulariter indultum, ut bonorum possessionem suo nomine agnitam moriens ad heredem transmittat, *d. l.* 3. *C. qui admitti.* Animadvertendum tamen est, quod non transmittit bonorum possessionem non agnitam: sed agnitam ab alio ejus nomine. Hoc enim singulare est in infante, ut teneat agnitio, etiamsi eam ratam non habuerit, nec habere potuerit: et nihilominus bona defuncti acquirat, *l. si infanti* §. 1. *C. de jure delib.* eaque transmittat ad heredes, quasi sibi

quaesita, non quasi delata, *d.* §. 1. Caeterum si non fuisset agnita bonorum possessio, eam ad heredes non transmitteret, *d. l. si infanti* §. *parente.* Itaque quoad transmissionem nullum privilegium habere videtur. Illud etiam silentio minime praetermittendum, quod licet Justinianus concesserit heredibus jus deliberandi intra annum, eisque intra hoc tempus decedentibus jus suum ad heredes transmittere: tamen illi intra tempus deliberandi decedentes non transmittunt hereditatem, quam transmittere non possunt, cum eam non adiverint. Transmittunt igitur solummodo jus deliberandi, quod a lege sunt consecuti, *l. cum in antiquioribus C. de jur. delib.* Ibi: *Praedictum arbitrium in successionem suam transmittat.* Non transmittitur hereditas, sed arbitrium, videlicet, jus et facultas adeundi, vel repudiandi hereditatem. Non acquirunt igitur hereditatem, nisi adiverint: et quidem intra reliquum tempus ejus anni, qui datus est ad deliberandum, quo elapso, sicut non potuisset adire defunctus, ita nec ejus heredes, in quos transit solummodo arbitrium, quod defunctus habebat, *d. l. in fine.*

11 Doctores nostri ajunt suos heredes potentia suitatis ad heredes transmittere patris hereditatem. Quod meo judicio falsissimum est. Transferunt enim ad heredem bona, et hereditatem non tamquam acquirendam et adeundam, sed tamquam sibi jam acquisitam: non transeunt ea bona in heredem tamquam patrimonium et hereditas patris: sed tamquam patrimonium filii, ejusdem hereditas. *l. qui duos* 29. *in princ. vers. in ea tamen ff. de reb. dub.* Jungitur enim hereditas patris cum hereditate filii, et incipit esse una hereditas: adeoque a patre substitutus filio non potest separare hereditates, ut *filii habeat, patris non habeat l. sed si plures* 10. §. *filio D. de vulg.* Hereditas enim pro parte repudiari non potest *l.* 1. *et* 2. *D. de acquir. vel om. hered.* Quamobrem si filiusfam heredem instituerit de bonis castrensibus, et ignorans, se patri heredem extitisse, decesserit: heres institutus non solum bona castrensia obtinebit, sed etiam paterna, ne pro ea parte decedat intestatus *l. hereditate* 19. §. *filiusf. D. de castrens. pecul. l. idem* 13. *in fine cum, l. seq. ff. de testam. mil.* Ratio est expedita. Suus heres statim a morte patris sine aditione, sine immixtione fit heres etiam ignorans, et invitus §. *sui autem* 2. *inst. tit. de hered. qual. et differ.* Quocirca extraneus rogatus hereditatem restituere, antea cogitur adire, et deinceps restituere: non enim acquirit hereditatem, nisi eam adiverit: nec potest restituere, nisi prius eam acquisiverit, *l. quia poterat* 4. *D. de SC. Trebell.* at vero suus statim restituere cogitur, quia statim ipso jure, sine ullo facto hereditatem acquisivit, *l. ita tamen* 27. §. *si pater D. eod.* Itaque successoribus filii defertur hereditas ipsius filii, in qua continentur etiam bona patris ab ipso jam acquisita. Perspicue JC. in *l. qui duos* §. *ult. de reb. dub.* Si Lucius Titius cum filio pubere, quem solum in testamento scriptum habebat heredem, perierit, intelligitur supervixisse filius patri, et ex testamento heres fuisse: et filii hereditas successoribus ejus defertur. Nihil clarius. Filio acquiritur hereditas patris, quia aliquo saltem momento patri supervixisse intelligitur: successoribus filii defertur hereditas ipsius filii, cui insunt et bona paterna, filio jam acquisita. Igitur bona paterna obtinent filii successores non jure transmissionis, sed tamquam bona hereditaria filii, cui succedunt. Confirmatur in *l. Lucius Titius* 9. *ff. de jure fisci.* Ibi: *ita omnis hereditas ad matrem posthumi devoluta est.* Nam posthumus nascendo rumpit testamentum, in quo praeteritus erat *l.* 1. *et* 3. *D. de injust. rupt.* et licet brevi vivat, tamen rupto testamento fit heres patris ab intestato: ejusque hereditas, cum moritur, ab intestato pariter ad matrem devolvitur. Non transmittitur a filio, sed

devolvitur ad matrem, quae acquirit hereditatem filii, non praemortui patris, cui ab intestato succedere non potest: scilicet uxor marito suo, §. *sunt autem* 3. *inst. tit. de bonor. possess.*

12 In eodem errore versantur, qui putant, suum heredem potentia suitatis etiam bonorum possessionem transmittere contra legem expressam: est autem ea *l.* 1. §. *ibidem* 8. *D. de collat. bon.* ubi suus heres non transmittit bonorum possessionem nisi eam, antequam moreretur, agnoverit. Habent quidem filii successores jus petendae possessionis, sed in hereditate filii, cui succedunt, non in hereditate patris, cui non succedunt, et persequi possunt patrimonium filii, non patris, in quo nullum jus habent, nisi quatenus factum est filii patrimonium.

CAPUT V.

Ad L. si post diem 5 ff. quando dies leg. ced.

SUMMARIUM

I. Legatum etiam non agnitum transmittitur ad heredes legatarii, si decesserit, postquam cessit dies legati.

II. In legatis pure et in diem relictis dies cedit a morte testatoris.

III. Etiamsi hereditas adita non fuerit.

IV. Non solum, si heres decedat, dum de hereditate adeunda deliberat, sed etiam si non possit interim adire, et n. XI.

V. Legati sub conditione relicti dies non cedit, nisi conditione impleta.

VI. Conditiones aliae ex testamento, aliae extrinsecus veniunt.

VII. Conditiones, quae tacite insunt, non impediunt transmissionem, etsi exprimantur.

VIII. Conditio, quae tacite inest, si exprimatur, mutat rei effectum, quoties expressa non eamdem vim habet, quam tacita.

IX. In omni legato inest conditio, si legatarius volet. Quid juris si ea exprimatur et n. X

XII. Legatarius moriens post testatorem legatum transmittit, etiamsi id sibi relictum ignoret.

XIII Quorumdam legatorum dies cedit ab adita hereditate; ut sunt legata servitutis et alterius rei, quae personae cohaeret.

XIV Et legatum libertatis et quodcumque illi conjunctum sit

XV. In legatis conditionalibus cedit dies existente conditione.

XVI. Non ita est in conditione certo extitura vivo legatario.

XVII. Ejus tamen una species est, quae suspendit diei cessionem, et impedit transmissionem.

In legatis et fideicommissis contraria regula statuenda est. Quae de legatis dicemus, etiam de singularibus fideicommissis dicta intelligantur, cum omnino sint illis exaequata, *l.* 1. *D. de legat* 1. Legatum igitur etiam non agnitum transit ad heredes legatarii, dum is post diem legati cedentem decedat, *l. si post diem* 5. *in princ. D. qu. dies leg. ced. l.* 4. *in princ. vers. sed etsi decesserit D. de alim. vel cibar. leg.* Quid ita? Quia cum dies legati cedit, nascitur obligatio legati, et incipit deberi legatario, *l. cedere diem in princ* 213. *D. de V. S.* Haec autem obligatio transeat ad heredes necesse est, *l. heres in omne* 37. *D de acquir. vel omit. hered. l. ex contractibus* 49. *D. de oblig. et act.* Igitur ut intelligamus, quandonam legatum transmittitur, scire oportet, quandonam dies legati cedat. Hoc autem cum distinctione definiendum est. Legata aut pure, aut in diem, aut sub conditione relinquuntur. Legatorum, quae pure, aut in diem certum relinquuntur, par est ratio quoad cessionem diei, *l. post diem* 5. §. 1. *et* 2. *ff. qu. di. leg. ced.* Item, et legati sub conditione, et in diem incertum idem jus est, quia dies incertus incertam in testamentis conditionem facit, *l. dies incertus* 75. *ff. de cond. et dem.* Itaque in duo genera sunt distribuenda legata, pura et conditionalia. Illud tamen animadvertendum, quod etiam dies incertus pro certo habetur in transmissione, dum certo sit extiturus vivo legatario, licet ignoretur, quando sit extiturus. Veluti si Titio legata sint centum, cum morietur. Ignoratur quidem, quando sit moriturus Titius: sed certum est, eum moriturum, cum vivit, vivi enim morimur, non mortui, *l. qui duos* §. 1. *ff. de mon. testam.* Quapropter Titius moriens transmittit legatum ad he-

redem, *l. heres meus* 79. *in princ. ff. de cond. et dem. l.* 4. §. *ult. ff. quando di. leg. ced.* Contra si dies adeo sit incertus, ut non solum ignoretur, quando sit exstiturus, sed etiam, an sit exstiturus vivo legatario, conditionem facit, et impedit transmissionem. Veluti si Titio legatum sit, cum heres morietur, *d. l.* 4. *in princ. d. l. heres meus* 78. §. 1. Atque hoc multo magis obtinet, si legetur, cum Titius consul factus fuerit: cum ad pubertatem pervenerit: cum Romam iverit, *l. si cui legetur* 49. §. *hoc autem ff. de leg.* 1. *l. si ita scriptum* 45. §. *ult ff. de leg.* 2. *l. cum vir.* 25. *l. Publius* 36. *ff. de cond. et demonst. l. si ita scriptum* 16. *ff. de manum. test. l. servus liber.* 19. *ff. de statulib.*

2 His praemonitis, ac probe stabilitis, illud statuendum, in legatis puris diem cedere vel a morte testatoris, vel ab adita hereditate. Regula certissima est, quod dies cedit a morte testatoris. Traditur haec a Paulo in *l* 5. § 1. *D. qu. di. leg. ced. si purum legatum est, ex die mortis dies ejus cedit. Si vero post diem sint legata relicta, simili modo atque in puris dies cedit.* Tradita a Justiniano in *l. un.* § *in novissimo C. de caduc. toll.* Ibi: *et dies legatorum, et fideicommissorum morte defuncti cedere*, et in §. *cum igitur. Legatorum, vel fideicommissorum pure, vel in diem relictorum diem a morte testatoris cedere.* Sustulit in ea lege Justinianus legem Papiam, qua cautum erat, ut legatorum ante apertas testamenti tabulas dies non cederet, et caduca fierent: de quibus Justin. in *d. l.* et *Ulp. in fragm. tit. de Cad.*

3 Hoc autem adeo verum est, ut dies legatorum cedat, etiamsi non fuerit adita hereditas: quia aditio hereditatis moram facit petitioni legati, non diei cessioni, ut ait Ulpianus in *l. hereditatis aditio* 7. *in princ D qu. di. leg ced.* Elegantissimum hujus rei proponit exemplum Papinianus in *l. miles* 75. §. 1. *D. de leg.* 2. Est autem hujusmodi. Sejus plures heredes instituerat, finge tres, eosque invicem substituit. Titio uni ex heredibus institutis praeceptiones quasdam reliquit. Is, dum deliberat de adeunda hereditate, moritur, hereditate nondum adita. Quaeritur, quid juris sit de legatis per praeceptionem relictis Titio mortuo ante aditam hereditatem, sed post testatorem: hoc est, post diem legati cedentem. Et sane pars hereditatis non transmittitur ad ejus heredes, quia ab eo adita non fuit: sed pertinet ad coheredes jure substitutionis, si substituti sunt: sin minus, jure accrescendi. Legata autem transmittit ad suos heredes, quia post diem legati cedentem vita functus est, etiamsi non adiverit hereditatem. Transmittit tamen non integra, sed deducta parte pro rata portionis hereditatis, ex qua fuit institutus. Hanc enim partem habiturus fuisset jure hereditario, si heres fuisset, non jure legati: quamobrem non potest eam ad heredes transmittere, sed debetur coheredibus, quibus obvenit portio hereditatis Titio relicta, vel jure substitutionis, vel jure accrescendi. Neque quicquam interest, an jure accrescendi, vel substitutionis perveniat ad coheredes portio hereditaria Titii: nam coheredes substituti sunt in portione hereditatis, non in legatis: adeoque partem illam legati, quam jure hereditario Titius fuisset habiturus, ipsi quoque eodem jure obtinent, non autem jure legati, *l. Sextia* 32. *ff. de leg.* 2. Illud multum interest, utrum Titius repudiaverit, an deliberans non adiverit morte praeventus. Hoc enim casu non transmittit integra legata, ut dixi: primo autem casu integra transmittit *l. qui filiabus* 17 *in fine cum leg. seq. ff. de legat.* 1. *l. cum responsum* 12 *C. de legat.* Ratio differentiae est in promptu. Qui repudiat hereditatem, praeoptat legatum hereditati: mavult habere integrum legatum, omissa hereditatis portione, quam portionem hereditatis cum legato diminuto a portione hereditaria. Qui moritur, cum adhuc delibe-

raret, neque legatum hereditati, neque hereditatem legato praeoptavit. Quapropter deficiente ejus voluntate res est aestimanda juxta regulas juris, secundum quas jus hereditarium tamquam potentius, et universale absorbet jus legati, eamdemque rem non potest quisquam habere jure hereditario, et jure legati, *l. non ut ex pluribus* 159. *ff. de R. J. l. et an eadem* 14. §. 2. *in fin. ff. de except. rei judic. l.* 3. §. *ex pluribus ff. de acquir. vel om. possess.* praevalet autem titulus hereditarius, qui prior est, et potior, et legatum pro ipsius parta non consistit, *l. eum qui* 18 §. *ult. l. heredi* 15. *ff. de his, quae ut indign.* Atque haec locum habent non solum in suis heredibus, sed in omnibus etiam extraneis, *l. quaesitum* 91. §. *duobus ff. de legat.* 1.

4 Non solum autem dies legati cedit ante aditam hereditatem, si heres non adest, ut de ea adeunda deliberet: sed, quod magis est, si eam interim adire non possit. Tria exempla proponuntur in *l. heredis aditio* 7. *ff. qu. di. leg. ced.* Primum in §. *proinde.* Institutus fuerat heres sub conditione, et ab eo legatum Titio relictum; pendente conditione non potest adire, imo debet etiam scire conditionem impletam fuisse, ut adire possit, *l. multum interest* 21. *ff. de cond. et dem* Nihilominus si legatarius moriatur pendente adhuc conditione, transmittit legatum, quia dies legati cessit, *d.* §. *proinde.*

5 Sed videtur hoc contra notissimam juris regulam, quod pendente conditione dies non cedit, *l. cedere diem* 213. *ff. de V. S.* et si legatum sub conditione relictum fuerit, non ante cedit dies legati, quam conditio existat, *l.* 5. §. *sed si sub conditione ff. qu. di. leg. ced.* Legata autem videntur suspendi eadem conditione, qua suspenditur institutio, et aditio hereditatis, quoniam hereditate non adita fit irritum testamentum, *l.* 1. *in fin. D. de injust. rupt. princ. tit. instit. de hered. quae ab intest.* et nihil valet eorum, quae in testamento relicta sunt, *l. eam quam vers. tunc enim C. de fideic.* Pendet igitur legatum ab aditione: cui consequens est, conditionem, qua suspenditur aditio, inesse legato, adeoque ea nondum impleta legatum deberi non posse: *l. legata* 41. *l. Maevius* 55. *D. de cond. et dem.*

6 Resp. quod aliae sunt conditiones, quae veniunt ex testamento: aliae conditiones extrinsecus venientes, ut docet Papinianus in *l. conditionem* 99. *D. de cond. et demonstr.* Conditiones venientes ex testamento sunt, quas ipse testator adjicit in suo testamento vel expresse, vel tacite. Et hae faciunt legatum conditionale: suspendunt diei cessionem: impediunt transmissionem, *d. l.* 5. §. *sed si sub conditione.* Conditiones extrinsecus venientes sunt, quae tacite insunt vel ex natura actus, vel ex vi legis; nec proveniunt a voluntate testatoris, qua seclusa nihilominus insunt. Et hae non faciunt legatum conditionale *d. l. conditiones* 99. adeoque non obstant, quominus et dies legati cedat, et in heredes transmittatur. Hujusmodi sunt conditiones, de quibus in laudata *l. hereditatis* 7. Hujusmodi etiam est conditio, quae inest legato partus nasci-turi, vel fructuum annorum sequentium, quae legata debentur sub conditione, si partus, et fructus nascentur, *l.* 1 *in fin. D. de cond et dem.* Haec tamen conditio transmissionem non impedit, quia venit extrinsecus, et tacite inest *l. cum illud* 25. *in D. qu. di. leg. ced.* Quid 7 autem dicemus, si hae conditiones nominatim expressae fuerint a testatore, veluti: si heres hereditatem adierit, lego Titio centum: Idem prorsus est jus: nam supervacuum est exprimere quod tacite inest, *l. si Titio* 22. § *quaedam D. eod. l.* 3. *D. de leg.* 1. *l. aliquando* 107. *D. de cond. et demonst. l. in conditionibus* 19. *D. eod. l. Cornelius* 69. *D. de hered. institut.*

Verumtamen saepenumero mutatur rei effectus: quamquam id expresserit testa-

tor, quod etsi non fecisset, inesset tamen *l. servo* 47. *in fin. D. de cond. et demonst.* Id autem evenit, quoties conditio expressa non eamdem prorsus vim habet, quam tacita, sed ab ea quoquomodo diversam. Ecce tibi, testator ita legat: *illi, si volet, Stichum do. Conditionale est legatum, et non aliter ad heredem transit, quam si legatarius voluerit: quamvis alias quod sine adjectione, si volet, legatum sit, ad heredem legatarii transmittur. Aliud est enim juris, si quid tacite continetur: aliud si verbis exprimatur*: sunt verba Caji in *l. si ita legatum* 65. §. 1. *ff. de legat.* 1. quibus videtur nobis tradere regulam superiori contrariam. Atque id confirmare videtur Modestinus, qui non dissimilem regulam tradit in *l. nonnunquam* 52. *ff. de cond. et dem.* Ibi: *inde dictum est: expressa nocent, non expressa non nocent.* Sed non ita est. Utrobique quod exprimitur, aliud quidpiam continet diversum ab eo, quod
9 tacite inest. In omni legato tacite inest conditio: *si legatarius volet.* Neque enim legatum acquiritur invito: sed agnosci debet a legatario, ut ab eo acquiratur, ut antea dictum est. Si legatarius moritur, antequam legatum agnoscat, ipsum transmittit ad heredes: ita tamen, ut nec ipsi legatum acquirant, nisi illud agnoverint, et ad se pertinere voluerint. Quibus efficitur, voluntatem, quae tacite inest, scilicet, quae a lege requiritur, comprehendere omnes, quibus legatum defertur, non autem solam personam ejus, cui legatum fuit a testatore relictum. Contra autem cum testator conditionem voluntatis exprimit: Titio *si volet* Stichum do: exigit, ac requirit voluntatem Titii, et conditio personae injuncta videtur *l. si ita expressum* 69. *in fin. ff. de cond. et dem.* Deficiente igitur voluntate Titii, deficit conditio legati, et Titio moriente, antequam voluerit, legatum intercidit, *l. intercidit* 59. *ff. eod.* adeoque non potest ad heredem legatarii pertinere *d. l. si ita expressum* 69. Idem dicendum de eo, quod tradit Cajus in *d. l. nonnunquam ff. eod. Titio decem do, lego, si Maevius Capitolium ascenderit.* Et Pomponius in *l. si quis Sempronium* 68. *ff. de hered. instit.* Aliud exprimit haec conditio, aliud illa altera, *si Maevius voluerit.* Ad eam complendam sufficit voluntas Maevii: ad hanc requiritur factum ascendendi. Si Maevius voluerit deberi legatum, ea statim impletur, haec non impletur, nisi Maevius in capitolium ascenderit: etiamsi centies, ac millies declaraverit voluntatem suam. Illa meram, ac simplicem voluntatem continet: haec factum ascendendi. Expressa igitur nocet, non expressa non nocet. Idem in exheredatione in *d. l. si quis Sempronium in fin.* quia filius pure debet exheredari *l.* 3. §. *pure ff. de lib. et post.* et certo animi judicio *l. sed sub conditione* 18. *ff. de bon. poss. cont. tab.* Contra aliquando expressa prodest, 10
non expressa non prodest. Ecce iterum: testator instituit incapacem, vel ei legatum reliquit; pro non scripto habetur, quia tacite inest ex vi legis conditio: si capax erit *l.* 3. *ff. de his, quae pro non script. hab.* Verum si testator hanc conditionem expresserit: *cum capere poterit*: valet institutio, valet legatum *l. in tempus* 62. *ff. de hered. instit.* Quae causa est, cur hoc tam varie? eadem scilicet Conditio, quae tacite inest, ex vi legis comprehendit tria tempora, facti testamenti, mortis, et aditae hereditatis, *l. si alienum* 49. §. 1 *ff. eod.* §. *in extraneis inst. tit. de hered. qual. et differ.* his enim omnibus temporibus capacem esse heredem lex exigit. Contra conditio expressa spectat solummodo tempus existentis conditionis, et quandocumque capax fuerit, existente tum conditione, ipsi hereditas, legatumve deferetur, atque id ad heredes transmittet: cedit enim legati dies existente conditione, *l.* 5. §. *sed si sub conditione ff. qua. di. leg. ced.* Quod si nunquam capax factus fuerit, ejus morte deficit condi-

tio, et legatum intercidit *l. hujusmodi* 13. *ff. eod. l. intercidit* 59. *ff. de cond. et dem.*

11 Redeo ad *l. heredis aditio* 7. *ff. qu. dies legat. ced.* Duo alia ibi proponuntur exempla. Institui heredem eum, qui in utero est. Haec institutio tacitam habet conditionem, si heres institutus nascetur, *l.* 1. *in fin. D. de cond. et dem. l. cum illud* 25. §. 1. *vers. vel si legasset D. qu. di. leg. ced.* Haec tamen conditio legatario non nocet, quin statim a morte testatoris dies legati cedat, *d. l.* 7. §. *sed etsi.* Alterum exemplum proponitur in *d. l.* 7. §. *inde dicimus.* Testator heredem instituit, eique substituit Titium, et a Titio substituto legatum reliquit. Omnis substitutio conditionalis est; aut sub conditione, si heres non erit: aut sub conditione: si heres erit, et in pupillari decesserit. Atque hae conditiones non tacite insunt ex vi legis, nec extrinsecus veniunt, sed a testatore adjiciuntur expressim *instit. tit. de vulg. subst. in princ. et de pupill. in princ.* Nihilominus legatarius decedens, antequam fiat locus substitutioni, herede adhuc deliberante, transfert legati petitionem ad suum heredem, siquidem institutus repudiaverit, *d.* §. *inde dicimus.* Idem obtinet in substitutione pupillari §. *tantumdem et* §. *tractari*, etiamsi conditio a testatore fuerit expressa *d.* §. *tractari.* Rationem jam attulimus.

12 Sit igitur hoc constitutum, legatarium morientem post testatorem transmittere legatum in heredes: atque id etiamsi moriatur antequam sciat, sibi relictum legatum, vel mortuum fuisse testatorem, *l. si partem* 19. *in fin. D. quemadm. servit. amit. l. ult. C. qua. di. leg. ced.* quia cum ministerio legis acquiratur legatario, eidem etiam ignoranti acquiritur, adeoque transmittit etiam ignorans, *l. cum pater* 77. §. *surdo ff. de legat.* 2.

13 Sunt tamen quaedam legata, ut diximus, quorum dies cedit ab adita hereditate, non statim a morte testatoris. Primum est legatum servitutis personalis, veluti ususfructus, usus habitationis: *l.* 2. *ff. qu. di. leg. ced.* Et haec legata non transmittuntur, etiamsi legatarius post diem legati cedentem moriatur, quia morte extinguuntur §. *finitur instit. tit. de usufr. l. usus aquae* 21. *ff. de usu, et habit. l. Lucius* 37. *in fin. ff. de servit. rust. praed. l. sicut* 3. *in fin. ff. quib. mod. ususfr. amitt. l. cum in fundo* 78. *in fin. princip. ff. de jur. dot.* Horum legatorum exemplo nec alia quidem transmittuntur, quae personae cohaerent *d. l. sicut* 3. *in fin. ff. quib. mod. ususfr. amit. l. non solum nostrum* 8. §. *tale legatum ff. de liberat. leg. l. Aurelio* 20. *in princ. ff. eod.* in quibus etiam horum legatorum exempla proponuntur. Praeterea elegans est etiam exemplum expositum a Papiniano in *l. pater filiae* 6. *ff. de servit. leg.* Pater filiae domum legavit, eique per domos hereditarias jus transeundi praestari voluit. Si filia domum suam habitat, viro quoque jus transeundi praestabitur. Non tamen hoc jus transmittit ad heredes: ne quod affectu filiae datum est ad exteros ejus heredes transire videatur. Ita Papinianus: et recte quidem, nam ea, quae personae sunt, ad heredes non transeunt, *l. privilegia* 196. *ff. de R. J.* Illud quoque legatum personale est, et ad heredes non transit, si quis alicui legaverit licere lapidem caedere. *l. Idem Julianus* 41. §. *si quis alicui ff. de leg.* 1. Horum omnium legatorum dies cedit ab adita hereditate juxta regulam traditam *in l.* 3. *D. qu. di. leg. ced.*

Secundum legatum, in quo dies cedit ab adita hereditate, est legatum libertatis, et quodcumque aliud, quod ipsi conjunctum connexumque fuerit: veluti si servo libertas et aliud quidpiam legatum fuerit: sicut enim libertas nonnisi ab adita hereditate debetur, ita nec legatum, *l. heredis aditio* 7. §. *ult. D. eod.* Item si servus fuerit in testamento manumissus, et jussus heres in diem centesimum ei pecuniam solvere: ab adita hereditate dies hujus legati cedet, et 14

tunc incipiet numerari dies centesimus, *l. si in diem* 46. *D. de cond. et dem. l. un.* §. *libertatibus* 6. *C. de caduc. tollen.*

15 Veniamus ad legata conditionalia. Horum dies cedit existente conditione, *l. si post diem* 5. §. *sed si sub conditione D. qu. di. leg. ced.* nisi adjecta fuerit conditio, quam Praetor remittit, vel a lege detrahitur, ut conditio turpis, conditio impossibilis: haec enim legata pro puris habentur *d. l.* 5. §. *sed si ea et seq.* Item si conditio pro impleta habeatur *d. l.* 5. §. *item si qua.* Non solum autem dies cedit a conditione existente in ipso legato, cui nominatim est adjecta conditio, sed etiam in legato puro, quod ipsi alternative conjungitur: participat enim de conditione alterius legati. Puta, lego Stichum, vel quod ex Pamphila natum erit. Hoc legatum tacitam habet conditionem *si nascetur l.* 1. *in fin. D. de cond. et dem.* Haec autem totum legatum facit conditionale, et etiam legatum Stichi pendet ab eadem conditione *l. cum ita legatum* 6. *in princ. ff. quando di. leg. ced.* quia pendente conditione non est electio; ideoque conditio totum afficit legatum, et influit etiam in rem pure legatam, *l. cum illud* 25 *in princ. D. qu. di. leg. ced.* Quod si utraque res pure legata sit, poterit alterius dies cedere a morte testatoris: alterius ab adita hereditate. Finge, legatus est ususfructus, aut decem, quod ad usumfructum aditio hereditatis: quod ad decem mora testatoris spectatur. Quocirca si moriatur legatarius ante aditam hereditatem, non est locus electioni, nondum enim cessit dies ususfructua: transmittit tamen ad heredem decem, quorum dies cessit a morte testatoris, *L. si ususfructus* 14. *in princ. et* §. 1. *D. eod.*

16 Quæ de conditione dicta sunt, locum non habent in conditione certe extitura vivo legatario: cujusmodi est conditio, quæ impletur moriente ipso legatario: ea enim non impedit transmissionem, *l. ab omnibus* 104. §. *cum quidam* 6. *ff. de leg.* 1. ubi species elegantissima proponitur. Sed hac de re diximus supra ubi de die incerto. Illud hic notandum, quod dies incertus licet non sit certo extiturus vivo legatario, ut est dies mortis alterius personæ, vel tempus certæ ætatis, conditionem non facit favore libertatis et alimentorum. Hic dies in aliis legatis conditionem facit, *l. heres meus* 79. §. 1. *D. de cond. et dem.* in legato libertatis non facit *l. peculium* 65. §. *Titio ff. de leg.* 2. *l. si post mortem* 68. §. *penult. et ult. D. de leg.* 1. adeo ut si servus ille legatus fuerit ei, cujus post mortem est relicta libertas, legatum non valeat, *d. l.* 68. de certa aetate in *l. fideicommissaria* 23. §. *etiam* et in *l. Thais* 41. §. *libertatem, ff. de fideicom. libert. l. fideicommissaria* 10. *C. eod. l. si servus liber.* 19 *ff de statu lib.* Idem jus statuendum de alimentis, argumento ejus, quod traditur in *l. Cajo* 13. §. 1. *D. de alim. leg.* et in *l.* 1. *C. de legat.* et probat. text. in *l. libertis* §. *ab heredibus D. de alim. leg.* quem copiose exposuimus in *lib.* 2. *interp. cap.* 27.

Caeterum praeter diem certo extiturum, est alia conditio certo extitura, quae suspendit diei cessionem, et impedit transmissionem: cujusmodi est conditio, quae proponitur in *l. hujusmodi* 13. *D. qu. di. leg ced. sive illud factum fuerit sive non fuerit.* Etenim si alter casus non extiterit vivo legatario, legatum non transit ad heredem *d. l.* 17

Diximus paulo ante de conditionibus extrinsecus venientibus, quae dici cessionem neque suspendunt, neque remorantur. Cavendum autem est, ne id intelligamus de conditionibus, quae licet tacitae insint, veniunt tamen ex voluntate et dispositione testatoris. Ecce, si pure relictum sub conditione adimatur, sub contraria conditione relictum videtur, *l. quod pure* 6. *D. eod. l. aliquando* 107. *vers. ex diverso ff. de cond. et dem. l. si legatum* 10. *ff. de adim leg.* Tacita est haec conditio: tamen impedimento est, tum transmissioni, *l. si legatum* 10.

in princ. ff. de adim. leg. l. si post mortem 68. §. *si pure D. de leg.* 1. tum etiam libertati, *d.* §. *si pure et l. si quis ita* 13. *in fin ff. de statulib.*

CAPUT VI.

Ad L. quidam 25. *ff. ad SC. Trebell.*

SUMMARIUM.

I. Fideicommissum universale non differt ab hereditate.
II. Et est quaedam substitutio.
III. Heres, antequam adeat, nullum jus habet in hereditate.
IV. Fideicommissarius habet obligatum heredem ad sibi restituendam hereditatem.
V. Bonorum possessio similis est hereditati fideicommissariae tam natura, quam acquirendi modo et effectibus.
VI. Fideicommissarius recipit hereditatem ab herede tamquam a defuncto obligato, et in hoc differt fideicommissum a bonorum possessione.
VII. Expenditur l. apud Julianum 11. §. utrum ff. ad SC. Trebell et n. VIII. IX.
X. Exponitur eadem l. in fin.
XI. Alia exempla fideicommissi non transmissi. et num. XII.
XIII. Fideicommissario decedente ante eventum conditionis non transmittitur fideicommissum ad heredes.
XIV. Explicatur l. cum filiosfam. 11. in fin. ff. de leg. 1.
XV. Explicatur l. a testatore 109. ff. de cond. et dem.
XVI. Pupillo substituens, praefert substitutum heredibus pupilli.

1 Superest fideicommissum universale. Hoc non agnitum ad heredem transferri alii ajunt, alii negant. Equidem incertus animi sum, utra sententia sit verior. Nuper in foro fuit hac de re acerrime disputatum. Nihil tamen fuit a doctissimis judicibus definitum. Quamvis duplici in causa, utraque gravissima, id venisset in controversiam, tamen post longam disputationem repente factum emersit, quod litem utramque diremit. Ego igitur more forensi in utramque partem hac de re disputabo: ac postremo, quod judices omiserunt, ex animi mei sententia controversiam definiam.

2 Quod fideicommissum universale non transmittatur ad heredes, si ante mortem a defuncto non fuerit agnitum, probatur.

I. Fideicommissum universale hereditas est, *rubr. de fideicomm. hered. petit. et rubr. instit. de fideicomm. hereditatibus et* §. *restituta inst. eod.* l. *si filiusfam.* §. 1. *ff. quod cum eod. l. recusare* 6. §. *Titius in fin. D. ad SC. Trebell.* Fideicommissarius enim heredis loco habetur, *l. postulante.* 44. § 1. *vers. num et quodammodo D. eod.* quoniam idem praestat fideicommissario restitutio fideicommissi, quod hereditatis aditio praestat heredi, *l.* 1. *et* 2. *D. de fideicommis. hered. petit.*

Confirmatur, quia id ipsum evenit in substitutione *l. si ex pluribus* 9. *ff. de suis et legit. hered.* Sed fideicommissum universale est quaedam substitutio, *l. cum proponas C. de pact. l. heredes mei* 5. § 1. *et* 2. *ff. ad SC. Trebell.*

Respond. quod heres, sive institutus, 3
sive substitutus nullum jus habet in hereditate: neque enim quemquam habet obligatum ad dandam ipsi hereditatem. Testator enim, qui ei reliquit hereditatem, obligatus esse non potest, cum jam mortuus sit: lex quoque, quae ipsi defert hereditatem obligata esse non potest. Transfert quidem in eum dominium omnium rerum hereditariarum, sed non nisi eo adeunte, *l. heres quandoq.* 54. *ff. de acquir. vel om. hered.* Antequam adeat, habet solum jus adeundae, et per aditionem acquirendae hereditatis: siquidem ei delata fuerit *l. delata ff. de V. S.* Hoc autem jus habet solus heres vel a testatore, vel a lege vocatus, non autem ejus heredes, quibus non defertur hereditas, ut luculenter exposui in superioribus. Contra fideicommissarius habet 4
obligatum heredem ad restituendam sibi hereditatem, quam obligationem induxit Augustus mandando Consulibus, ut auctoritatem suam interponerent, si ab herede non restitueretur hereditas, quod postea conversum est in perpetuam jurisdictionem, adeo ut Claudius Imperator duos Praetores creaverit, qui de fidei-

commissis cognoscerent; qui ad unum a Titto redacti fuerunt, qui Praetor fideicommissarius appellatus est, §. 1. *et ult. instit. tit. de fideicom. hered. l.* 2. §. *capta deinde* 32. *D. de orig. jur. Ulpian. in fragment. tit.* 32. §. *fideicom.* 12. *l. quaesitum* 78. §. *penult D. de leg.* 3. *et passim.* Illud etiam singulare est in universali fideicommisso, quod potest fideicommissarius heredem cogere ad hereditatem adeundam, sibique restituendam, quod ei datum est SC. Pegasiano §. *ergo instit. tit. eod Ulpian. in fragm. d. tit.* 25 *de fideicom.* §. 16. Haec igitur obligatio, qua heres obstringitur fideicommissario, transit in ejus heredes: sicut in superiore diximus de obligatione legati. In hoc enim simile est legatis: sicut enim legata de manu heredis accipienda sunt, *l.* 1. §. *et continet* 2. *ff. quod legator.* sic etiam fideicommissum de manu heredis illud restituentis accipi debet. Nec ante restitutam hereditatem fit dominus rerum, aut heredis loco habetur, §. *restituta instit tit. de fideicomm. hered.* tunc enim in fideicommissarium transferuntur actiones, *l.* 1. §. 2. *ff. ad S. C. Trebell.* In eo etiam simile est fideicommissum legatis, quod in hoc sicut in illis dies cedit; et quidem, si purum est, a morte testatoris, et quod, fideicommissario decedente, postquam dies ejus cessit, fideicommissum transmittitur, *l. si in personam C. de fideicomm. l.* 3. §. *idem dicendum ff. de alim. legat.* ubi fideicommissum universale in hoc omnino legatis comparatur, *l. quidam ita* 25. *in princ. ff. ad SC. Trebell.* Sic igitur concludi licet. Propria sui natura fideicommissum universale simile est hereditati, quo ad acquisitionem autem simile est legatis: adeoque etiam quo ad transmissionem.

5 II. Sed acrius urgeri potest exemplo bonorum possessionis. Haec non agnita non transmittitur, *l.* 3. §. *acquirere ff. de bon. poss. l. emancipata C. qui admitti.* Et tamen tam sua natura, et conditione, quam acquirendi modo similis omnino est hereditati fideicommissariae. Natura, et conditione, quia hereditatis appellatione etiam bonorum possessio continetur *l. hereditatis* 138. *ff. de V. S. l. non est ambigendum* 12. *D. de bon. possess.* et bonorum possessor in omnibus loco heredis habetur, vicem heredis sustinet *l. Praetor bonorum* 117. *D. de R. J. l.* 2. *D. de bon. possession. l. cum emancipatis* 13. *in princ. D. de bon. possess. contr. tab.* quae omnia etiam fideicommisso universali convenire modo probavimus modo acquirendi. Nam et bonorum possessio tota pendet a jurisdictione Praetoris §. *quos autem instit. tit. de bon. possess. l.* 1. *in fine C. de secund nupt. l. si sine* 9. §. *illud quaeritur ff. de interrog. action.* et fideicommissum itidem §. 1. *instit. tit. de fideicomm. hered.* Item sicut bonorum possessio per alium nobis acquiri potest. *l.* 3. *acquirere ff. de bon. possess.* ita et fideicommissum *l. apud Julianum* 11. §. *utrum l. qui ita* 66. §. 1. *D. ad SC. Trebell.* Bonorum possessio non acquiritur nisi petatur, et coram judice agnoscatur *l. ult. C. qui admitti;* haud aliter fideicommissum *l. quia poterat* 4 *et l. recusare* 6. *et passim D. ad SC. Trebell.* Effectus quoque idem est utrinsque. Nam et agnita bonorum possessione commoda omnia et incommoda transeunt in bonorum possessorem, *l.* 1. *et* 3. *D. de bon. possess.* ita transeunt in fideicommissarium, restituta ipsi hereditate, *l.* 1. §. 1. *l. quia poterat* 4. *D. ad Sc. Trebell.* et in utrumque dominium de jure transfertur omnium rerum: olim quidem non dominium Quiritium, quod a sola lege, et modis a lege praescriptis acquirebatur, de quibus *Ulpian. in fragment. tit.* 19. §. 2. *de domin. et acquis.* sed dominium naturale, et bonitarium. Praetor enim cum heredem facere non posset §. *quos autem inst. tit. de bon. possess.* nec dominum legitimum et Quiritarium efficere poterat, cujusmodi heres est. *Ulpian. ibid. Justinian. in* §. *ult. instit. tit. de hered.*

qual. et differ. Festus *Heres apud antiquos pro domino ponebatur.* Varr. *de re rust. lib.* 2. ait *Legitimum perfici dominium si quis hereditatem justam adiit.* Transfert igitur Praetor in bonorum possessorem dominium bonitarium: hoc est, efficit, ut res sint in ejus bonis, quod indicat Ulpianus in *l.* 1. *ff. de bon. poss.* illis verbis. *Dominium rerum quae in his bonis sunt.* Idem de fideicommissario traditum in *l. facta* 63. *in princ. ff. ad SC. Trebell.* Atque ita est interpretanda Lex difficilis 3. *ff. si usufr. pet.* Sed haec dominiorum differentia sublata est a Justiniano in *l. unic. C. de nudo jure Quirit. tollend.*

6 Respondetur, verissimum esse, quod fere in omnibus hereditas fideicommissaria similis est, et prope aequalis bonorum possessioni. In hoc tamen differunt, quod bonorum possessio datur a Praetore, et ab eo petitur, et coram eo, seu alio judice debet agnosci, *l. ult. C. qui admitti.* Quocirca, antequam agnoscatur, successor nullum jus in ea habet, tota enim pendet a jurisdictione Praetoris. Solummodo habet jus ejus petendae agnoscendaeque. Hoc autem jus personale est, quia cohaeret personae, quam Praetor ad successionem vocat, cuique bonorum possessionem pollicetur: atque adeo ad heredes ejus non transit, *l. privilegia* 196 *in fin. ff. de R. J.* Fideicommissarius vero non recipit hereditatem a Praetore, sed ab herede, qui eam ipsi restituit, cum teneatur tamquam a defuncto obligatus. Cogit quidem Praetor heredem adire, et restituere hereditatem, sed ipse eam non dat: tantummodo exequitur voluntatem defuncti, qui hereditatem restitui mandavit, et heredem suum obligavit ad restituendum. Hanc obligationem transmittit ad heredes suos fideicommissarius, si ante mortem eam acquisiverit. Acquisivit autem statim, ac dies fideicommissi cessit, *l. cedere diem* 213. *ff. de V. S.* et ideo moriens post diem fideicommissi cedentem transmittit ad heredem, *l.* 5. *D. qu. dies leg. ced.* 7

III. Fundatur haec sententia Ulpiani auctoritate *l. apud Julianum* 11. §. *utrum D. ad SC. Trebell.* Ibi: *utrum autem praesenti, an etiam absenti restitui possit, procuratore adeunte Praetorem, videndum est. Ego puto absenti quoque fideicommissario cogi posse heredem institutum adire et restituere: nec vereri heredem oportere, ne in damno moretur; potest enim ei per Praetorem succurri, sive cautum ei fiat, sive non, et ante decesserit fideicommissarius, quam ei restituatur hereditas.* Haec ultima verba perspicue demonstrant, fideicommissarium non transmittere fideicommissum in heredes, si decedat, antequam ei restituatur hereditas: neque enim in damno posset esse heres, cujus nihil interest, utrum in fideicommissarium, an in ejus heredes transferantur actiones. Et sane videbatur contra statuendum, et heredem non indigere Praetoris auxilio, ejusque subsidiaria restitutione, cum non possit in damno morari. Etenim aut procurator habet mandatum a fideicommissario cogendi heredem, et tunc fideicommissarius agnovit fideicommissum, ac propterea illud procul dubio transmittit. Aut non habet, et procurator cavere debet heredi de rato, *l. qui ita* 66. §. 1. *D. eod.* Nihilominus ait Ulpianus heredem in damno morari posse sive ei cautum fuerit, sive non. Recte sane: nam si cautum sit, securus omnino non est heres proptee fragilitatem et incertum cautionis, *d. l. qui ita* §. 1. et *l. cogi* 16. §. 1. *ff. eod.* possunt enim fidejussores labi facultatibus, quod saepenumero evenit. Si vero cautum non sit, multo minus: potest enim de mandato moveri controversia, ex qua damnum, et incommodum sentiat heres, maxime si de mandato fortasse non liqueat. Iniquum autem est, incommodum et damnum pati eum, qui adit invitus a Praetore com-

pulsus; sicut nec commodum quidem sentire debet, *l.* 1. §. 1. *l. quia* 4. *ff. eod.*

8 Firmissimum profecto est hoc fundamentum, quo jacto praeclare fundatur haec opinio: ita ut vix convelli possit: licet nonnullis videatur secus. Antonius Faber *lib.* 20. *conject. cap.* 7. *et seqq.* hanc legem a Triboniano fuisse corruptam, si non de integro confictam, arbitratur: probatque conjecturis minime contemnendis. Sed quid refert? *Lex ita scripta est:* ut ait Ulpianus in *l. prospexit* § 1. *D. qui et a quib. man.* sive sit Ulpiani, sive Triboniani, aeque servanda est: vim enim et auctoritatem legis neque ab Ulpiano, neque a Triboniano accepit, sed ab Imperatore Justiniano. Glossa, et veteres interpretes ad unum fere omnes hic agi putant de eo casu, quo fideicommissarius heredem non habeat: atque adeo non possit ad heredem transmittere fideicommissum. Est hoc hariolari, non leges interpretari. Ulpianus in *d.* §. *utrum* non agit de aliquo casu singulari, eoque rarissimo: cujusmodi est ille, quod fideicommissarius heredem non habeat. Nam et si bona ad fiscum pervenerint, tamen fiscus iisdem legibus obstringitur quoad fideicommissum, quibus privatus heres *l. recusare* 6. §. *si fisco ff. ad SC. Trebell.* Agit autem in genere Ulpianus de illa quaestione, an absenti possit restitui fideicommissum: possitque ejus procurator Praetorem adire, ut cogat heredem ad adeundam, restituendamque hereditatem: et respondet, posse. Item generaliter ait: *et ante decesserit fideicommissarius.* Temere, ac violenter additur: *sine herede*, quod utique adjecisset ipse Ulpianus, si tam restricte verba proposita voluisset intelligi: Multo probabilius ex hac lege doctissimus Cujacius colligi putat, fideicommissum non agnitum non transmitti exemplo hereditatis et bonorum possessionis.

9 Ego vero sic statuo, atque Ulpiani responsum sic explico. Non sine causa vereri poterat heres, ne in damno moraretur fideicommissario decedente antequam agnoscat fideicommissum, atque id sibi restituatur. Quoniam etsi transmittat illud ad heredem: tamen heres non cogitur illud agnoscere; sed arbitrium liberum habet agnoscendi, repudiandi, ut accidit in legatis, et fideicommissis particularibus, quae si a legatario non fuerint agnita, nihilominus ad heredem transmittuntur: id est, heredi debentur: ab herede peti possunt, si ea non repudiaverit: ad heredem proprie obligatio, et petitio legati transfertur, *l. hereditatis* 7. §. *inde dicimus in fin.* et *l. Firmio Heliodoro* §. 1. *ff. qu. di. leg. ced.* quam habebat ipse legatarius post diem legati cedentem, neque plus juris in heredem suum transferre potest *l. nemo plus juris* 54. *ff. de R. J.* Itaque sicut ipse legatarius aut fideicommissarius poterat tum agnoscere, tum repudiare legatum aut fideicommissum; ita et heres ejus. Quo probe constituto, merito potuisset heres vereri, ne in damno moraretur implicitus oneribus hereditariis, si fideicommissarius decedat antequam agnoscat fideicommissum: scilicet, si liquido non constet de mandato, aut ratihabitione fideicommissarii. Licet enim ipse fideicommissum transmittat ad heredem, tamen si hic fideicommissum repudiet, qui coactus adivit, cogetur onera hereditaria sustinere, quia nihilominus heres manet. Neque enim heres esse unquam desinit, qui semel heres fuit, *l. ei qui solvendo* 88. *ff. de hered. instit. l. ait Praetor* 7. §. *sed quod Papinianus* 10. *ff. de minor.* §. *restituta instit. tit. de fideicom. hered.* neque actiones transferri possunt in fideicommissarium, cum ei hereditas non fuerit restituta. Quoniam autem hoc esset iniquum, idcirco Ulpianus ait, ipsi succurrendum esse a praetore, nempe per restitutionem in integrum, ut hereditas ejus jussu adita pro non adita habeatur: et bona vendantur a creditoribus nomine testatoris, non autem here-

dis, exemplo ejus, quod rescripsit Divus Pius.

10 IV. Probatur ex rescripto ejusdem Divi Pii in *d. l. apud Julianum in fine*, qui in specie hujusmodi rescripsit. Antistia Titium heredem instituit, et Albinae ancillae suae directam libertatem reliquit: eique filiam per fideicommissum reliquit, rogavitque, ut eam manumitteret. Rogavit et Titium, ut ipsi, a matre manumissae, restitueret hereditatem, cum nubilem aetatem complesset. Titius suspectam dicebat hereditatem, eamque adire recusabat. Rescripsit D. Pius eum compellendum adire: a filia scilicet Albinae, cui restituenda erit hereditas. Quamvis servus ipsius heredis non possit dominum compellere ad hereditatem adeundam, *l. cogi* 16. §. *sed si servo* 13. *D. ad SC. Trebell.* tamen servus testatoris Praetorem adire et cogere potest heredem: propter spem libertatis, et hereditatis habet aditum ad Praetorem, *l. muliere* 22. §. *non est dubitandum* 1. *D. eod.* Potest igitur Albinae filia, quae erat ancilla testatoris, compellere heredem ad aditionem. Adita a Titio hereditate statim competit Albinae libertas; eique tradenda est filia, ut ab ea manumittatur. Manumissae dandus tutor, quo auctore pupillae statim a Titio restituatur hereditas; licet enim sub conditione nubilis aetatis ei relicta fuerit, tamen statim restituenda est ab eo, qui coactus adit, *l. ille a quo* 13. *in princ. l. si cui pure* 31. *in princ D. eod.* Quia tamen potest evenire, ut filia Albinae decedat, antequam manumittatur, aut ei restituatur hereditas: utroque casu Imperator subvenit heredi, proposito remedio, ut bona vendantur a creditoribus Antistiae nomine, non autem heredis. Quid ita? si filia post manumissionem decessit, cur bona non venduntur nomine Albinae matris, quae fuit heres filiae, § *sunt. autem instit. tit. de bon. possess.* aut fisci ad quem bona vacantia deferuntur? Nempe quia non transmisit fideicommissum ad heredem. 11

V. Probatur per text. in *l. cum filiofam.* 11. *in fin. D. de leg.* 1. institutus fuit heres filiusfamilias et rogatu spater ejus, ut ipsi post mortem suam restitueret hereditatem. Filius moritur ante patrem. Pater retinet hereditatem: non autem a filio transmittitur ad heredem.

VI. In *l. a testatore* 109. *D. de cond. et dem.* Testator rogavit heredem, ut acceptis a Titia centum nummis ipsi hereditatem restitueret. Titia decessit, antequam daret heredi eentum. Intercidit fideicommissum, nec transit ad heredem Titiae, etiamsi paratus sit dare centum. 12

In his argumentis nihil est omnino momenti. In omnibus enim proferuntur exempla fideicommissorum sub conditione relictorum, in quibus dies non cedit, nisi existente conditione, *l.* 5. §. *sed si sub conditione D. qu. di. leg. ced.* Itaque mortuo fideicommissario ante eventum conditionis, ut in illis proponitur, intercidit fideicommissum, *l. intercidit* 59. *in princ. ff. de cond. et demon.* adeoque non potest ad heredes transire. Haec generatim: jam singula separatim expendamus.

In *l. apud Julianum in fine* relictum 13 erat fideicommissum filiae Albinae, cum nubilem aetatem complesset. Hoc fideicommissum conditionale est, eaque decedente ante nubilem aetatem ad heredes non transit, *l. si Titio* 22. *in princ. D. qu. di leg. ced.* Quamvis enim cogatur heres adire statim, et restituere, ne, si moriatur ante aditam hereditatem, fideicommissum extinguatur, *l.* 1. *in fin. D. de injust. rupt. l. eam, quam C. de fideic.* tamen ante conditionis eventum non transferuntur actiones, *l. sed etsi* 9. *et seq. D. ad SC. Trebell.* et deficiente conditione fideicommissum intercidit, *l. si cui pure in princ. D. eod. et d. l. intercidit* 59.

14 In *l. cum filiofam.* 11. *in fin.* pater rogatus erat restituere filio post mortem suam. Hoc fideicommissum conditionale est, *l. heres meus* 79. §. 1. *D. de cond. et demonstr.* adeoque dies non cedit ante mortem patris, *l.* 5. §. *sed si sub conditione*, *l. si dies* 21. *in princ. D. qu. di. leg. ced.* et filio praemoriente patri, legatum et fideicommissum extinguitur, *d. l. intercidit* 59. Observanda autem sunt illa verba: *omnimodo patrem id retenturum.* Pater enim tum temporis non succedebat filio, sed bona ejus retinebat jure peculii, non jure hereditario ad eum perveniebant. Atque etiam bona castrensia, licet de his filius testari posset, tamen, si intestatus moreretur, non acquirebantur patri, sed ipsi non adimebantur, eaque retinebat jure proprio, jure patris, non jure heredis, *l.* 1. *et* 2. *l. proponebatur* 9. §. *sed cum nihil l. pen.* §. *pater D. de castr. pec. l.* 1. §. *si is qui bona* 22. *D. de collat.* Ibi: *non enim nunc acquiritur, sed non adimitur*, *l. ult. D. ad SC. Tertyll. l. in eo* 33. *D. de acquir. rer. dom.* Quoad hoc enim retinebat naturam cujusvis alterius peculii. Illud etiam animadvertendum, quod de hoc nulla est controversia, neque hujusmodi quaestio in ea lege a Papiniano pertractatur: an filius moriens ante patrem, possit fideicommissum ad heredem transmittere. Absurdissimum enim esset hac de re dubitare. Id tantum controversum esse poterat: utrum apud patrem remanere deberet, an ad fiscum deferri ex lege Papia, cum in causa caduci esse videretur, *l. un* §. *et cum triplici vers. vel ipsum C. de caduc tollen.* Ad hoc respondet JC. fideicommissum patrem retenturum, quia vires capit ex persona patris, qui non jure hereditario, sed jure patrio illud obtinet; ac propterea non subjicitur legis Papiae dispositioni.

15 In *l. a testatore* 109. verba illa *acceptis centum nummis* conditionem faciunt ex *d. l.* Ibi: *conditione parere non posse*, *l. nec ullam* 13. §. *sed etsi vers. plane ff. de petit. hered l. si statu libera* 6. §. *ult. l. Sticho* 40. *ff. de statu lib. l. qui libertatis* 69. §. *servus ff. de eviction. l. ab emptione* 58. *ff. de pact.* Et licet in fine *d. l.* Claudius subjiciat, Scaevolam de jure aperto respondisse, cum dubitari posset, an in proposito conditio esset: tamen meo judicio Scaevolam de jure aperto cavillatur: nam cum verba illa contineant factum a fideicommissario implendum, antequam fideicommissum consequatur, dubitari non potest, conditionem facere secundum leges modo laudatas. Utcumque sit, non dubitat Scaevola, et conditionem facere; ideoque fideicommissarium decedentem non impleta conditione excidisse fideicommisso, *d. l. intercidit* 59. neque enim vivo eo dies fideicommissi cessit, etiamsi conditio sit potestativa, *l.* 5. §. *sed si sub conditione ff. qu. di leg. ced.* In hac lege igitur non dubitatur, an Titia transmisisset ad heredes fideicommissum: hoc enim esset de jure aperto dubitare: sed an heres fideicommissarii posset dare centum, atque ita impleta conditione consequi fideicommissum, cum nihil interesse videatur, an Titia ipsa per se centum daret, an vero per alium, nempe per heredem suum, *l. nulla* 5. *l. manifesti* 17. *C. de solut. princ. tit. inst. quib. mod. toll. oblig.* Maxime quia licet conditio, quae consistit in facto, non possit ab alio impleri, potest tamen ea, quae consistit in dando, *l. ult. ff. de cond. instit.* Porro si heres vivente Titia, vel extremo vitae momento centum ejus nomine solvisset, recte fuisset impleta conditio, *d. l. ult.* Sed ea mortua amplius impleri non potest, extincto jam fideicommisso. Idcirco recte respondit Scaevola: heredem conditionem implere non posse.

His diligenter examinatis, addamus et 16
textum petitum ex *l. quidam ita* 25. *in princ. vers. Marcellus ff. ad SC. Trebell.* ubi fideicommissarius decedens, antequam sibi restituatur hereditas,

ipsam non transmittit ad heredes, etiamsi post diem legati cedentem decesserit.

Nihil valet: nam ibi pupillo substituta erat mater ejus, si ille decessisset ante restitutam hereditatem: decessit; matri igitur restituenda est hereditas ex voluntate testatoris, ut recte ibi notat Marcellus contra Julianum: nam qui substituit alieni pupillo, praefert substitutum heredibus pupilli, *l.* 2. §. *ult. ff. ad SC. Trebell. l.* 2. §. *interdum cum seqq. ff. de vulg. et pup.*

Idem respondendum etiam in *d. l. heredib.* 77. § *ult. ff. ad SC. Trebell.*

CAPUT VII.

Ad Eamdem L.

SUMMARIUM.

I. Heres compellitur adire hereditatem et restituere, ex nobili officio Iudicis, hoc est Praetoris.
II. Officium judicis nobile aliud est, quam officium jus dicentis.
III. Bonorum possessio non agnita ad heredes non transit: neque jus eam petendi, aut petitionem ratam habendi.
IV. Exponitur L. postulante 44. ff. ad SC. Trebell.
V. Fideicommissum agnoscit, qui cogit heredem adire et restituere.
VI. Exponitur L. cogi 16. §. idem Maecianus 9. ff. ad SC. Trebell et n. VII.
VII. Pluribus modis in locum alterius succedi potest.
VIII. Explicatur L. 3. C. de fideicomm. et n. IX
IX. Aliud est fideicommissum non esse agnitum, aliud non esse restitutum. et n. X.
XI. Moram faciente herede in hereditate restituenda, perinde est ac si restituta fuisset.

1 Sequitur, ut in alteram partem de proposita controversia disputemus. Quod fideicommissum etiam non agnitum transmittatur, probari potest, quia ad compellendum heredem competit officium judicis nobile, videlicet Praetoris cogentis heredem adire et restituere, *l. quia poterat* 4. *et passim ff. ad SC. Trebell.* sed officium judicis nobile transit ad heredes *l. Pannonius Avitus* 86. *de acquir. hered.*

Firmissimum esse hoc argumentum veteres arbitrantur, quod hercle levissimum est, ne dicam ineptissimum. Officium Judicis nobile transit ad heredes, ad quos heredes? Nempe ad heredes ipsius judicis. Officium enim judicis nobile aliud est, quam officium jus dicentis, *l.* 1. *ff. de jurisdict.* Ipse jus dicens est, qui habet hanc pleniorem jurisdictionem dandi bonorum possessionem, tutores, et alia gerendi, de quibus in *d. l.* 1. *et* 3. *ff. de jurisdiction.* Hoc est officium Praetoris, officium jus dicentis. Si transit ad heredes: utique ad heredes ipsius Praetoris transibit, cujus est proprium. Ergo heredes Praetoris habent eamdem jurisdictionem, quam ipse Praetor habebat. Monstra loquor. Igitur sic adstringere oportet argumentum. Jus implorandi officium jus dicentis in heredem transit: sed hoc jus habet fideicommissarius, ergo etc. Sed in hoc argumento falsum est, quod primo assumitur. Nam et bonorum possessionem dare pertinet ad officium jus dicentis *d. l.* 1. *ff. de jurisd.* et ab eo petenda est, et coram judice agnoscenda, *l. ult. C. qui admitti*, *instit. tit. de bonor. possess. in princ. et in* §. 1. *et per tot.* et tamen bonorum possessio non agnita ad heredes non transit, imo nec 3
jus ejus petendae, aut ratam habendi petitionem factam a procuratore nomine heredis defuncti, *l. emancipata C. eod. l.* 3. §. *acquirere ff. de bonor. possess.* Atqui in *l. Pannonius Avitus* restitutio datur heredi. Nihil ad rem. Ibi: *ex persona defuncti restitutionem in integrum implorabant, quae stricto jure non competit, quia intra diem aditionis Avitus obiisset.* Contrarium ergo ea lege probatur. Humanitatis tamen causa conceditur ibi restitutio tum propter absentiam Reip. causa: tum propter legitimam justamque ignorantiam absentis causa Reip. Est igitur illud jus singulare, quod deficientibus duabus hisce causis simul junctis ad consequentias producen-

dum non est, *l. quod vero* 14. *cum duab. seqq. D. de legib.* Et sane rescripto Divi Pii opus fuit ad illud singulare jus introducendum. Neque vero is sum, qui negem, restitutionem in integrum ad heredes transire, *l. non solum* 6. *D. de restit. in integ. l.* 1. *C. de restit. milit.* sed ideo transit ad heredes, quia actio est, *l.* 1. *D. ex quib. caus. major.* Ibi: *actionem dabo*, *l. etiamsi* 29. *ult. D. de minor.* Ibi: *ad agendum evocato*, *l. non solum* §. *est et casus D. de procurat.* Actiones autem in heredes transeunt, *l. in honorariis* 35. *D. de oblig. et act. l. toties* 44. et *l. hoc jure* 152. §. *ult. D. de R. J.* Ideo autem in *l. Pannonius* heredes Aviti non habebant restitutionem, quia nec Avitus ipse, si vixisset, eam habuisset, cum nondum dies aditionis praeteriisset: potuisset enim adire sine auxilio restitutionis. Propterea cum ipse Avitus eam non haberet, cum decessit, non potuit ad heredes transferre, *l. noxale* 27. §. *ex his vers. quia nullus D. de noxal. act. l. traditio* 20. *in princ. D. de acquir. rer. dom.*

4 II. Probant per *l. postulante* 44. *in princ. D. SC. Trebell.* Species ejus legis haec est. Titius in testamento libertatem Sticho servo suo dedit, et rogavit heredem institutum, ut Sticho restitueret hereditatem. Heres cum suspectam diceret hereditatem, coactus est eam adire, Sticho id a Praetore postulante. Verum Stichus decessit, antequam ei restitueretur hereditas. Quaesitum fuit, an Stichi heres possit recusare accipere hereditatem fideicommissam. Respondit Marcellus, non posse: sicut non posset ipse Stichus, si viveret, ergo Stichus transmisit fideicommissum in heredem.

5 Futile prorsus argumentum. Stichus obiit ante restitutionem fideicommissi, non ante agnitionem. Agnovit enim, cum coegit heredem adire et restituere. Idcirco ait Marcellus, quod Stichus si viveret, non posset recusare eam accipere: quia hereditas, postquam adita fuit, amplius repudiari, ac respui non potest, *l.* 3. *et* 4. *C. de repud. hered.* idemque juris est in bonorum possessione *l.* 1. §. *decretalis D. de succes. edict.* 6

III. Probat hanc sententiam Ulpiani responsum in *l. cogi* 16. §. *idem. Maecianus.* 9. *D. ad SC. Trebell.* Titius heredem rogaverat ut duobus vel pluribus hereditatem suam restitueret. Heres cum suspectam diceret hereditatem ab uno ex illis coactus est adire. Quaesitum est, an Falcidiam retinere posset saltem in portione aliorum, qui non coegerunt, *si ipsi quoque desiderent sibi restitui, vel alius. in locum eorum successerit.* Observant illa verba *vel alius* etc. ex quibus deducunt etiam heredem fideicommissarii, qui in ejus locum succedit, posse desiderare, ac petere, ut sibi restituatur hereditas.

Respond. animadvertendum esse, quod 7
in hac lege de nostra controversia non agitur, sed obiter nominatur is, qui in locum fideicommissariorum succedit. Quapropter secundum rectam interpretandi rationem supponendi sunt termini habiles, ut Philosophi loquuntur: videlicet quod ille, qui in eorum locum successit, habeat jus petendi fideicommissum: alioqui insulsum, quaerere an ex ejus portione detrahenda sit Falcidia, qui nullum jus habet in ea portione. Idcirco JC. non dixit: *sive alius eorum heres.* Sed *sive alius in eorum locum successit.* Haec verba generalia sunt, *l. ait Praetor* 7. *cum seq. ff. de jurejur. l. ult. ff. de except. rei vend.* Nam in locum alterius succedere dicitur sive quis per universitatem, sive in rem succedat, *l.* 2. §. *illud tenendum* 13. *ff. quod legator.* et sive hereditate sive emptione, sive alio quo jure succedat, *l.* 3. §. *si quis ff. de itin. actuque priv.* Finge, fideicommissarios vendidisse hereditatem fideicommissam Titio: potest vendi, dum ne decipiatur emptor, qui credat se emere hereditatem directam, assem heredi-

tatis, dum emit fideicommissam quadrante diminutam propter Falcidiam, *l. si quasi* 16. *ff de hered. vel act. vend.* Emptor hereditatis desiderare poterit, ut sibi restituatur hereditas, sicut desiderare poterat fideicommissarius, qui eam vendidit: neque enim minus juris habere debet, quam apud venditorem futurum esset, *l.* 2. *in princ. ff. eod. l. invitus* 156. §. *cum quis ff. de R. J.* Finge, iterum fideicommissario datum fuisse substitutum, ut in *l quidam ita* 25. *in princ. ff. ad SC. Trebell.* Substitutus proprie dicitur succedere in locum primi instituti §. 1. *instit. tit. de vulg. l.* 3. *C. de instit. et subst. l. quamvis* 4. *C. de impub. et al. subst.* Ibi: *in locum ejus;* Cic. *in* 3. *de offic. Quid ergo? Hic non noceat, qui quasi quodam veneno perficiat, ut veros heredes moveat, in eorum locum ipse succedat?* Heres autem minus proprie dicitur succedere in locum defuncti: sed succedere in universum jus defuncti, *l. heres in omne*, 37. *ff. de acquir. vel omit. hered. l. cum heres* 11. *ff. de divers tempor. praescript.* Finge igitur fideicommissarios habuisse substitutum, utique ad eos hereditas fideicommissa pertinebit, *d. l. quidam ff. ad SC. Trebell.* Quod si verbis illis etiam heredes comprehendi concedamus, supponere oportet, fideicommissarios saltem verbo tenus agnovisse fideicommissum ante mortem: hoc ipsum enim supponit Maecianus, ut indicat illis verbis: *sive ipsi quoque desiderent sibi restitui, sive alius etc.* Cum enim ab eo tractetur illa quaestio: an qui ab uno tantum ex fideicommissariis coactus fuit adire, amittat Falcidiam etiam in portione eorum, qui non coegerunt, necesse est, ut supponat eos quoque fideicommissum agnovisse: alias id nihil haberet dubitationis. Maxime quia decidit, in eorum portione locum habere Falcidiam. Falso, si non agnoverunt. Tota enim hereditas pervenit ad eum, qui coegit, et in ea locus Falcidiae non est. Ibi: *et cum hodie hoc jure utimur, ut totum transeat ad eam, qui coegit, consequens est, dicere quartae retentionem amisisse.*

6 IV. Probatur rescripto Antonini Imperatoris in *l.* 3. *C. de fideicom.* Domina heredes institutos rogavit, ut puellam Chrysidem manumitterent, et manumissae restituerent hereditatem. Puella post manumissionem intestata decessit, antequam ei restitueretur hereditas. Succedunt ipsi manumissores *instit. de succes. libert.* Rescripsit Imperator, eos adita Chrysidis hereditate fideicommisso liberatos fuisse per aditionem, confusis actionibus: quemadmodum evenire solet, cum debitor creditori succedit, *l. sicut* 75. *et l. Stichum* 95. §. *aditio ff. de solut.* quia nemo sui ipsius debitor et creditor esse potest, *l. cum filiofam.* 11. *vers. ipsi vero ff. de legat.* 1. Si confusis actionibus liberati sunt fideicommisso, Chrysis in eos tamquam legitimos heredes fideicommissum transmisit: neque enim confundi possent actiones, si in eos morte Chrysidis translatae non fuissent jure hereditario. Neque hoc intelligi potest de actionibus hereditariis, quibus tenebatur testator, qui fideicommissum reliquit: tum quia non transeunt in fideicommissarium nisi per restitutionem *l.* 1. §. *cujus verba* 2. *ff. ad SC. Trebell.* quae hic facta non fuerat: tum quia illae non confunduntur per aditionem, sed heres, qui adit hereditatem fideicommissarii, etiam post restitutam hereditatem, solummodo exceptionem amittit, quam ante aditionem habebat, *l. Stichum* 95. §. *aditio, ff. de solut.* quia etiam restituta hereditate heres manet §. *restituta instit. tit. de fideicomm. hered.* Itaque tamquam heres potest conveniri, sed exceptione restitutae hereditatis defenditur *l.* 1. §. *quamquam* 4. *l. ita tamen* 27. §. *qui ex Trebelliano* 7. *ff. ad SC. Trebell.* quam amisit adeundo hereditatem fideicommissarii: eaque amissa potest a creditoribus hereditariis cum effectu conveniri. Agitur igitur in laudata *l.* 3. de actione, quam

Chrysis habebat ad petendum fideicommissum, quaque poterat heredes convenire, quae in eos translata per aditionem confunditur.

9 Resp. in laudata *l.* 3. proponi puellam Chrysidem mortuam fuisse ante restitutionem, non ante agnitionem fideicommissi. Quocirca ea lege probatur quidem, quod fideicommissarius moriens ante restitutionem transmittat in heredes fideicommissum nondum sibi restitutum: non tamen probat, quod etiam non agnitum transmittat. Probabile autem, ibi Chrysidem accepta libertate fideicommissum agnovisse, et petiisse ab heredibus, ut haberet, unde se aleret: differentibus autem heredibus restituere, ac procrastinantibus Chrysidem decessisse. Agnitio enim fieri potest statim a fideicommissario, cum tota pendeat ab ejus voluntate, restitutio autem cum pendeat a facto heredum, nonnullas moras habet interdum culpa ipsorum heredum, quo casu tenentur etiam fructus post moram perceptos restituere, *l. postulante* 44. *in fine ff. ad SC. Trebell.* interdum etiam sine ulla eorum culpa, cujus morae exemplum proponitur in *d. l. postulante in princ.*

10 V. Afferunt text. in *l. si ejus* 64. §. *si quis rogatus* 2. *vers. vel cum ei ff. ad S. C. Trebell. vel cum ei, cui restitui debuit, plures heredes extiterint, ut cui restituta erit, is pro ea parte ex hoc senatusconsulto habebit actiones.* Ergo hereditas fideicommissa restituenda est heredibus fideicommissarii, si decesserit ante restitutionem.

11 Eadem responsio. Non tractatur hic quaestio, an hereditas restituenda sit heredibus fideicommissarii: sed pro qua parte transeant actiones, hereditatis parte restituta. Quamobrem supponendum est cuncta intervenisse, quae requiruntur, ut fieri debeat restitutio: et si ad faciendam restitutionem heredibus, necessaria est praecedens agnitio defuncti fideicommissarii, supponere debemus eum, antequam moreretur, agnovisse. Atque id aperte indicant illa verba: *cui restitui debuit.* Si defuncto restitui debuit, utique illud agnovit. Neque enim restitui debet, antequam agnoscatur, cum possit etiam repudiari; *l. is potest* 18. *ff. de acquir. hered.*

VI. Vehementius urget *l.* 3. §. *idem dicendum ff. de adim. legat.* Puero fideicommissum datum fuerat, eique substituta mater, si ante restitutam hereditatem decessisset, sicut vere decessit. Respondet JC. quod si decessit ante diem legati cedentem, mater admittitur: Si postea, heres pueri defuncti. Ergo fideicommissum ad heredes transmittitur, quotiescumque fideicommissarius moritur post diem legati cedentem, etiam excluso substituto. 11

Hoc argumentum nimis probat. Substituta erat puero mater, si ante restitutam hereditatem decessisset: extitit conditio substitutionis puero ante restitutam hereditatem decedente: nihilominus mater excluditur, eique pueri heredes praeferuntur. Quid hoc rei est? Nodum solvit ipse JC. in postremis illis verbis *utpote re ipsa mora subsecuta.* Sciendum est, quod si post diem legati cedentem heres moram facit in hereditate restituenda, perinde est ac si hereditas fuisset restituta; et ideo fructus non ad heredem, sed ad fideicommissarium pertinent, *l. postulante* 64. *in fin ff. ad SC. Trebell.* Moram facit heres, si a fideicommissario interpellatus restitutionem differat, *l. mora* 32. *D. de usur. l. nemo* 82. §. 1. *D. de V. O.* Illud singulare est in pupillo, ut etiam nulla interveniente interpellatione re ipsa mora fiat, si debitor differat solutionem; *l. cum vero* §. 1. *vers. certe minoribus ff. de fideicom. libert. l.* 3. *C. in quib. caus. in int. rest. neces.* hac nostra *l.* §. *idem dicendum.* ibi: *re ipsa mora subsecuta.* Modo ad rem. Si fideicommissarius ante moram heredis decesserit, substitutus admittitur exclusis heredibus fideicommissarii: si quidem ante diem legati cedentem decesserit: Si po-

stea, heredes admittuntur excluso substituto: nisi appareat contraria voluntas testatoris, ut in *l. quidam in princ. D. ad SC. Trebell.* in qua non potuit moram fecisse heres, cum puer decesserit ante aditam hereditatem. Quod si mora facta fuerit fideicommissario, et decesserit, antequam ei restitueretur hereditas herede procrastinante, ad heredes transmittitur fideicommissum, excluso substituto: quod si nulla mora intercesserit, admittitur substitutus, exclusis heredibus, quemadmodum etiam admittitur, si ante diem legati cedentem fideicommissarius decesserit, *l.* 3. §. *si quis Titio D. de adim. legat.* Idem dicendum est in pupillo, nisi quod pupillo mora fit re ipsa sine interpellatione, *d. l.* 3. §. *idem dicendum*, quod aetatis favore est constitutum, *l. curabit* 5. *C. de act. empti.* Atque haec ea ratione nituntur, quod si fideicommissarius ante diem legati cedentem decedat, non potest fideicommissum ad heredem transmittere, cum in eo nihil juris habeat, *l.* 4. *D. qu. di leg. ced. l. si usus fructus* 14. *in princ. D. eod.* Si vero decedat non solum post diem legati cedentem, sed etiam post moram, legatum transmittit, quia interpellando heredem fideicommissum agnoscit, et non dubitatur agnitum transmitti, etiamsi nondum ejus restitutio intervenerit. Et, quia mora id efficit, ut pro restituta habeatur hereditas, quae culpa heredis non fuit restituta, idcireo substitutus excluditur, quasi deficiente conditione substitutionis.

Posset etiam probari per text. in *l.* 3. *D. de fideic. hered. petit.* Sed nihil valet: ibi enim agitur de hereditate jam restituta, ut constat ex *l.* 1. cum qua connexae sunt, *l.* 2. *et* 3.

CAPUT VIII.

Ad Eadem L.

SUMMARIUM.

I. Fideicommissario decedente post diei cessionem, fideicommissum universale etiam non agnitum ad heredes transmittitur.

II. Cedere diem, et transmitti legatum, sunt omnino conjuncta.

III. In fideicommissis universalibus dies cedit sicut in particularibus.

IV. Si pure sint relicta, dies cedit a morte testatoris, si sub conditione, ea adveniente.

V. Fideicommissarius decedens post mortem testatoris, vel post impletam conditionem transmittit fideicommissum. et nn. seqq.

VI. Expenditur L. 3. §. idem dicendum ff. de adim. leg.

VII. Examinatur L. quidem 25. ff. ad SC. Trebell.

VIII. Exponitur L. 3. C. de fideic.

IX. Expenditur L. un. C. de cad. toll.

X. In hac L. comprehenduntur fideicommissa universalia.

XI. Fideicommissi universalis nomine non continetur hereditas.

XII. Fideicommissa relicta post mortem heredis sunt conditionalia.

His accurate ac diligenter examinatis, amplius in eodem luto non haesito, et pro certo ausim affirmare: etiam fideicommissum universale non agnitum ad heredes transmitti, dum fideicommissarius post diei cessionem fato fungatur. Hoc autem ut affatim demonstrem, tria praemittam, quae in disceptationem cadere non possunt. 1

Primum, quod cedere diem, et transmitti legatum aut fideicommissum adeo sunt conjuncta atque connexa, ut admissa cessione diei, necessario subsequatur translatio; et contra exclusa translatione, cesset etiam diei cessio: ut constat ex *toto tit. D. qu. di. leg. ced* et maxime ex *l.* 2. *et* 3. Ibi: *neque eorum dies ante aditam hereditatem cedit, neque petitio ad heredem transit: nam cum ad heredem non transferatur, frustra est si ante quis diem ejus cedere dixerit l. si post diem* 5. *in princ. et in* §. 1. *versic. nisi forte.* Ibi: *nisi forte id fuit legatum quod ad heredem non transit: nam hujus dies non ante cedit* ex *l. si usus fructus* 14. §. 1. Ibi: 2

posse dici legatum transtulisse, *quia mortuo legatario dies legati cedit*, ex *l. cum sine* 18. §. 1. *in fine l. cum illud* 25. *in fine*. Ibi: *heres legatarii petitionem habet*: *namque dies legati cedit l. ult.* Ibi: *quaesitum est*, *an dies fideicommissi*, *cum moritur*, *cessisse videatur*: *ideoque heredibus ejus debeatur. ff. eod.* Sunt haec omnino consequentia: cessit dies fideicommissi: ergo transit ad heredes: non transit ad heredes: ergo dies non cessit.

3 Secundo, quod in fideicommisso universali dies cedere dicitur, sicut in legatis et fideicommissis rerum singularum, *l.* 3. §. *idem dicendum D. de adim. leg.* Ibi: *idem dicendum*, *et si fideicommissa hereditate puero data etc. Si puer ante diem legati cedentem decessisset*, *matri debeatur*: *si postea*, *ad pupilli heredes fideicommissum transmittatur.* Comparat hic fideicommissam hereditatem legato. Supra de legato egerat: subdit deinceps: *idem dicendum etc.* Imo pro eodem accipit utrumque. Nam fideicommissam hereditatem postmodum nominat legatum: nam quoad cessionem et translationem idem omnino jus est de legato et de fideicommisso universali. Julianus in *l. quidam* 25. *in princ. D. ad SC. Trebell. Si puer antequam dies fideicommissi cedat*, *decessisset*, *fideicommissum translatum ad matrem*: *postea autem quam dies fideicommissi*, *cedit si decesserit*, *ad heredem pueri fideicommissum pertinere.* Semper spectatur diei cessio, ex qua pendet omnino translatio. Hanc pariter spectandam innuunt Imperatores in *l. si in personam* 21. *C. de fideicom. Si in personam patris tui*, *cui te successisse proponis*, *fideicommissi dies utiliter cessit etc.* Illud etiam non leve argumentum est, ea quae de cessione diei tradita sunt *in tit. qua. dies leg. vel fideicom. cedat*, etiam ad fideicommissa universalia pertinere, quod hic titulus non subsequitur luculentissimum tractatum de legatis et fideicommissis singularibus, sed subjicitur statim post tractatum fideicommissorum universalium, qui habetur *in tit. D. ad SC. Trebell.*

Tertio quod in fideicommissis universalibus, si pure fuerint relicta, dies cedit a morte testatoris: si sub conditione, ab eventu conditionis, quemadmodum in superiore diximus evenire in legatis et fideicommissis particularibus. 4
Probat id mihi Julianus in *l. quidam* 25. *in princ. D. ad SC. Trebell.* quaerit ibi, an fideicommissum universale relictum puero, ut primo quoque die ipsi restitueretur, ejus heredibus debeatur, an vero matri, si puer ante aditam hereditatem decesserit. Respondet, quod si decesserit post diem legati cedentem, transit ad heredes. Ergo dies fideicommissi cedit ante aditam hereditatem; ideoque a morte testatoris. Confirmatur auctoritate Imperatoris nostri in *L. un.* §. *in novissimo cum seq. C. de caduc. toll.* Ibi: *et dies legatorum et fideicommissorum a morte defuncti cedere.* Non potest autem dubitari, nomine fideicommissorum hic comprehendi etiam fideicommissa universalia, cum Imperator abroget legem Papiam, quae tam hereditatem, quam legatum et fideicommissa tam universalia, quam particularia complectebatur. Ideo excipit hereditatem, quæ non adita non transmittitur. Nomine autem hereditatis non continetur hereditas fideicommissa, quia hæc non aditur, et nunquam adiri dicitur, sed agnosci et restitui. Excipit etiam libertates, quarum diem ab adita hereditate cedere statuit, sicut etiam a veteribus jam olim fuerat constitutum. Ergo fideicommissa universalia, quæ non excipit, comprehendit. Subjicit in §. *sin autem*, quod horum omnium dies cedit existente conditione; si qualiscumque conditio fuerit adjecta.

His probatis, consequens est, fideicommissum universale et jam nondum agnitum ad heredes transire, si fideicommissarius decedat post diem legati cedentem: hoc est, post mortem testatoris, si 5

purum sit: post existentem conditionem, si fuerit conditionale. Sic enim paucis concludi potest argumentum. Fideicommissum, in quo dies cedit, ad heredes transit moriente fideicommissario post diei cessionem, ut probatum est: sed fideicommissi universalis dies cedit a morte testatoris: si purum sit: ab existente conditione, si fuerit conditionale, ut pariter probatum est. Ergo si fideicommissarius moriatur post mortem testatoris, aut post existentem conditionem, transmittit ad heredes fideicommissum. Hoc argumentum meo judicio est demonstrativum. Sed ut id evidentius eluceat, diligentius expendamus leges, quas paulo ante allegavimus.

6 In *l.* 3. §. *idem dicendum ff. de adim. leg.* puero data erat fidecommissa hereditas: et si ante restitutam decessisset, matri ejus relicta. Si puer ante diem legati cedentem decedat; hoc est, ante mortem testatoris, matri debetur hereditas: fuit enim pupillo substituta in casum, quo ipse moreretur ante restitutam hereditatem. Mortuus est non solum ante restitutam sibi hereditatem, sed etiam ante diei cessionem. Existente igitur conditione fieri locum substitutioni nulla prorsus est dubitatio. Illud tantummodo potest habere disceptationem, an, si pupillus moriatur post diem legati cedentem, transeat ad heredes pupilli: an matri pueri debeatur. Primo quia mater substituta est filio pupillo sub conditione, si decesserit ante restitutam sibi hereditatem: ac propterea etiamsi decesserit post diei cessionem, tamen, si decesserit ante restitutionem, videtur extitisse conditio substitutionis. Secundo quia hic non agitur de legato, quod ad heredes transire, legatario post diei cessionem defuncto, indubitatum est: sed agitur de hereditate fideicommissa. His tamen dubitationibus minime obstantibus respondit Ulpianus, puerum ad heredem suum fideicommissam hereditatem transmittere. Secundam dubitationem tollit respondendo, idem dicendum de hereditate fideicommissa, quod de legato: videlicet utrumque post diei cessionem ad heredes transire. Primam tollit illis verbis: *utpote re ipsa mora subsecuta.* Mora fit re ipsa in pupillis, et hereditas habetur pro jam restituta ut supra exposuimus, et conditio pro defecta. Quoad rem nostram attinet, qui de hoc non disputamus: perspicuum est fideicommissam hereditatem ad heredes transmitti post diei cessionem, et hereditatis fideicommissae transmissionem non differre a transmissione legati. Id enim aperte in hac lege statuit Ulpianus.

Idipsum dilucide planeque statuerat 7
ante Julianus in *l. quidem* 25. *in princ. ff. ad SC. Trebell.* a quo idem factum proponitur, nisi quod heres rogatus erat restituere prima quaque die, et si puer ante decessisset, matri ejus reddere. Verba illa *prima quaque die* conditionem non faciunt, imo nec diem continent: neque enim ad suspendendam obligationem, aut ad differendam solutionem sunt adjecta, sed ad eam accelerandam, *l. Titia* 84. *ff. de cond. et dem. l. liber. homo* 118. §. 1. *ff. de V. O.* Itaque purum est fideicommissum, ejusque dies cedit a morte testatoris. Quaerit Julianus puero moriente, ad quem pertineat fideicommissum: Utrumne ad matrem, an vero ad heredes pueri, atque ita distinguit: *Si puer, antequam dies fideicommissi cedat, decessisset, fideicommissum translatum ad matrem esse: postea autem quam dies fideicommissi cedit, si decesserit, ad heredem pueri fideicommissum pertinere.* Ergo fideicommissum ad heredes transmittitur a fideicommissario post diei cessionem moriente. Verumtamen quia mater erat substituta in casum mortis filii, dubitat Julianus, quae fuerat voluntas testatoris quoad substitutionem matris, an eam voluerit substitutam in quemcumque casum mortis ante restitutam hereditatem: et ait, Praetorem aestimaturum ex persona matris, et ex persona heredis pueri. Subdit tamen Marcellus, voluntati testatoris con-

gruum esse, quandocumque puer decesserit sive ante sive post cessionem, ad matrem transferri fideicommissum. Et recte quidem; quia verba sunt generalia utrumque casum comprehendentia; ibi *aut si quid ei prius acciderit.* Nempe priusquam ei restituas hereditatem, itaque comprehendunt omne tempus ante restitutionem hereditatis: adeoque etiam tempus subsequens diei cessionem, scilicet quod fluit a morte testatoris usque ad restitutionem. Quamobrem recte etiam subdit Marcellus: *si non jam puer hoc acceperit:* nam per ipsam restitutionem deficit conditio substitutionis. Sed haec nihil nobis obsunt: neque enim ambigi potest, testatorem posse transferre in alium fideicommissum, non solum post diei cessionem, sed etiam post restitutionem, et quandocumque, veluti cum alteri illud relinquit post mortem fideicommissarii, ut saepe fit, vel sub alia quacumque conditione.

In *l. si personam* 21. *C. de fideicom.* ut heres fideicommissarii succedat in fideicommisso, nihil aliud exigunt Imperatores, quam ut dies fideicommissi utiliter cesserit in personam fideicommissarii: videlicet ut extiterit conditio vivente fideicommissario, cui heres rogatus erat restituere, si sine liberis decessisset: nec quicquam ibi quaeritur de agnitione fideicommissi; ergo ad transmittendum fideicommissum sufficit diei cessio, nulla agnitionis habita ratione.

8 Eodem tendit Antonini rescriptum in l. 3. *C. eod.* in quo et Imperator nihil aliud requirit, ut Chrysis ad patronos heredes transmittat fideicommissum, quam ut decesserit post aditam hereditatem. Atque hoc ea ratione, quia dies legati at fideicommissi servo relicti cedit ab adita hereditate, *l. hereditatis aditio* §. *ult. et l. seq. ff. qu. di. leg. l. unic.* §. *libertatibus* 6. *C. de caduc. toll.* Igitur ut a fideicommissario transmittatur fideicommissum, id tantummodo requiritur, ut post diem legati cedentem moriatur.

Confirmari denique potest haec sententia auctoritate Justiniani in *l. un. C. de caduc. tollend.* Lege Papia et Senatusconsultis circa eam introducendis caduca fiebant hereditas, legata, fideicommissa, morientium ante apertas testamenti tabulas: dies enim legatorum et fideicommissorum non a morte testatoris, sed ab apertura tabularum cedebat. Justinianus hoc inhumanum existimans ad fiscum potius deferri legata et fideicommissa morientium ante apertas tabulas, quam ad eorum heredes, hanc legem sustulit, sanxitque tam legatorum quam fideicommissorum diem cedere a morte testatoris in §. *cum igitur et in* §. *in novissimo.* Neque possent ad heredes transmitti, si eorum dies non cessisset. Sunt enim haec conjuncta, atque connexa adeo ut sic recte concludatur: cessit dies legati, ergo transit fideicommissum: et contra; non transit fideicommissum, ergo non cessit dies, idque sine ulla exceptione, *l.* 2. *et* 3. *ff. quand. di. leg. ced.* Quamobrem lex Papia, ut hanc transmissionem impediret, vetuit ante apertas tabulas diem cedere. Contra Justinianus, ut transmissionem antiquam reduceret, statuit diem cedere a morte testatoris, non autem post apertas tabulas. In hac autem constitutione jus antiquum revocante et legem Papiam abolente comprehendi etiam fideicommissa universalia, non est ambigendum. Nam lex Papia omnia comprehendebat, *d. l.* §. *et cum triplici.* Ibi: *et cum triplici modo ea, quae in publicis elogiis reliquuntur.* Haec verba comprehendunt etiam fideicommissa universalia: nam et ipsa in ultimis elogiis relinquuntur, §. 4. *Instit. tit. de fideicomm hered.* Ulpian. *tit.* 25. §. 4. et iterum, *is qui aliquid ex testamento habuit*, et infra: *hoc quod relictum erat*, et perpetuo usurpat verba generalia. Hoc amplius *in* §. *In novissimo*, ubi sancit legatorum et fideicommissorum diem a morte testatoris cedere ut ad heredes possint transire excluso fisco, nominatim excipit hereditatem.

9

10

Ibi: *hereditatem enim, nisi fuerit adita, transmitti, nec veteres concedebant nec nos patimur.* Haec exceptio perspicue demonstrat nomine fideicommissorum ante comprehendi quoque fideicommissa universalia, *l. quaesitum* 12. §. 43. *vers. denique Neratius ff. de instr. vel instrum.* Alias etiam in §§. *seqq.* exceptiones proponit multo minoris momenti, nunquam tamen excipit fideicommissum universale, quod maxime erat
11 necessarium. Neque aliquis putet, fideicommissum universale nomine hereditatis contineri: nam regula illa etiam a veteribus tradita, quam hic confirmat Imperator *hereditas non adita non transmittitur*, non attinet ad hereditatem fideicommissam. Etenim fideicommissum non dicitur adiri a fideicommissario: sed ipsi ab herede restitui. Adeundi verbum soli hereditati convenit, deductum ex antiqua formula cretionis, de qua *Ulpianus in fragm. tit.* 22. §. 28. *Cernere est verba cretionis dicere ad hunc modum: cum me Maevius heredem instituerit, eam hereditatem adeo cernoque.* Cretionem fieri mandabant plerumque testatores, ut apparet ex laudato *Ulpiani titulo* 22. Plin. *lib.* 10. *epist.* 79. *ad Trajan. Julius Largus rogavit testamento ut hereditatem suam adirem cernerenque.* Dierum quoque numerus praescribebatur, quibus hereditas cerneretur: veluti *Titius heres esto, cernito in diebus proximis centum.* Vide reliqua apud *Ulpian.* loco laudato. Si intra praefinitos dies non crevisset, excludebatur hereditate. Verum intra dies cretionis, etsi constituisset nolle hereditatem, poterat poenitere et cernere. Si autem ei datus erat substitutus, et ipse non cerneret et adiret, sed pro herede gereret, in partem dimidiam cum eo substitutus admittebatur. Haec Ulpianus hoc loco. Quocirca cretio majorem vim habebat, quam pro herede gestio. Celebrabatur enim solemniter praesentibus testibus civibus Romanis. *Cic. epist.* 46. *ad Attic. lib.* 13. *Ex eo cognovi cretionem Cluvii (o Vestorium negligentem) liberam testibus praesentibus sexaginta duobus.* Docti emendant *diebus* ut indicet tempus cretioni praescriptum. Idcirco solemnitas in *Cod. Theodos. de matern. bon. et cretione subl.* et in *tit. de cretione et bon. poss.* Quamobrem aditio hereditatis inter actus legitimos recensetur in *l. actus legitimi* 77. *ff. de R. J.* Aditio autem dicebatur, quia in rem praesentem veniebant, sicut in rei vindicatione: et solemnia verba proferebant: quocirca Lucianus in Gallo *παρελθεῖν εἰς τὴν οὐσίαν*, *accedere ad substantiam*, et Graeci interpretes *προσελθεῖν εἰς κληρονομίαν*. Haec fideicommisso quantumvis universali minime conveniunt.

Qui haec omnia, quae diximus, accurate attenteque consideraverit; de verita- 12
te hujus sententiae, ut arbitror, non dubitabit. Illud postremo admonendum, quod, cum hodie invaluerit consuetudo relinquendi fideicommissa post mortem heredis, ea sunt conditionalia, *l. heres meus* 78. §. 1. *ff. de cond. et dem.* adeoque eorum dies non cedit nisi per mortem heredis, et si fideicommissarius ante heredem decedat, transmittere non potest, *l. hujusmodi* 13. *in fin. ff. qu. di. leg. ced.*

CAPUT IX.

Ad L. in obscuris 114. *ff. de reg. jur.*

SUMMARIUM.

I. In obscuris inspicitur, quod verisimilius est, aut quod plerumque fieri solet.

II. Ordo, qui servatur in principali obligatione servatur etiam in accessoria ob verisimilitudinem.

III. Legato pecuniae pure relicto, adjecto unde pecunia depromi possit, verisimile non est legatum restringi, aut minui.

IV. Demonstratio si afficit ipsum legatum, illud minuit vel extinguit, si vero solutionem, non minuit, neque extinguit.

V. Alienatio rei legatae non subvertit legatum, quando non alienatur animo adimendi.

VI Stipulans decem sibi et Titio, verisimilius est decem tantum stipulari, et ideo quinque ei debentur.

1 In obscuris inspici solere, quod verisimilius est, aut quod plerumque fieri solet, ait Paulus in *l. in obscuris ff. de R. J.* Generalis est haec regula, et patet latissime: sed lubrica est, eique insistere sine casu, et prolapsione vix possumus. Quod enim uni verisimile videtur, id alteri alienum a vero fortasse videbitur. Itaque ut de hoc recte judicemus, adhibenda est norma rationis; naturaeque actus, qui geritur; et usque quod fieri plerumque solet, ut ait hic Paulus. Consideranda etiam sunt verba, et conditiones et pacta adjecta. Haec autem exemplis explicanda.

2 Primum exemplum nobis suppeditat idem Paulus in *l. insulam* 13. *ff qui pot. in pign. hab.* Insulam tibi vendidi, quam Titio ante locaveram: et convenit inter eos, ut prima pensio a Titio solvenda mihi accederet, sequentium annorum tibi ejus insulae emptori: et jus pignorum a Titio datorum, utrumque sequeretur. Cum pignora utrique non sufficerent; quaesitum fuit, an pignora primum ad me pertinerent, an pro rata ad utrumque communiter. Paulus respondit facti quaestionem esse: sed verisimile esse id actum, ut primam quamque pensionem pignorum causa sequatur. Pactum illud, de prima pensione solvenda venditori, efficit, ut verisimile sit, egisse contrahentes, ut idem ordo, qui servatur in principali obligatione, servandus sit etiam in pignore: videlicet, quod sicut voluerunt venditorem priorem esse in percipienda pensione; ita priorem esse in ea exigenda jure pignoris. Pignus enim datur pro securitate crediti, ut ex ejus venditione possit sibi ipse satisfacere creditor. Igitur si voluerunt, eum percipere pensionem ante emptorem, consequenter voluerunt, ipsum etiam ante emptorem uti jure pignoris ad eam exigendam ac percipiendam, si ab inquilino ipsi soluta non fuerit. Porro casus hic est singularis; videretur enim dicendum, utrique simul, vel in solidum, vel pro parte dimidia pignora esse obligata *l. si debitor* 10. *ff. de pignor.* nec alterum altero potiorem esse. Ut enim creditor sit potior in pignore, necesse est, ut et prius crediderit, et prius pignus acceperit *l. potior* 11. *in princ. ff. qui pot. in pign.*

Alterum exemplum proponit Julianus 3
in *l. quidam testamento* 96. *in princ. ff. de legat.* 1. Quidam ita legavit: aureos quadringentos dari volo Pamphilae, ita ut infra scriptum est: a Julio Actore aureos tot: et in castris, quos habeo tot; et in numerato, quos habeo tot. Testator, antequam moreretur, has summas in alios usus convertit. Quaesitum est an extinctum esset fideicommissum. Videri potest extinctum, et ademptum alienatione rei legatae, et exactione pecuniae *l. cum servus* 15. *ff de adim. leg. l. si ex toto* 8. *in princ. ff. de leg.* 1. *l. fideicommissa* 11. §. *ergo* 13. *ff. de leg* 3. Sed contra respondit JC. in nostra lege. *Respondit: Verosimilius est patremfamilias demonstrare potius heredibus voluisse, unde aureos quadringentos sine incommodo rei familiaris contrahere possent, quam conditionem fideicommisso injecisse, quod initio pure datum esset.* Ita sane. Cum enim fideicommissum pure reliquerit, adjiciendo postea, unde pecunia depromi possit, credibile non est, eum adjicere voluisse conditionem et restringere ac minuere legatum, aut ipsum adimere et subvertere. Hoc enim respicit solutionem et executionem legati, non ejus substantiam. Si substantiam legati respiceret et afficeret, utique legatum ipsum minueret aut extingueret: veluti si quis legaverit decem, quae in arca habet; si enim quinque tantum reperiantur, quinque tantum debentur *l. si servus* 108. § *qui quinque* 10. *ff. de leg.* 1. vel nihil, si nihil in arca fuerit inventum. Similia exempla in *l. si ita legatum* 65. *in princ.* in *l. si sic legatum* 75. §. *quod si addiderit ff. de leg.* 1. *l. lega-*

vi, *vers. quod si sic*, *ff. de liberat. leg.*

4 In his legatis demonstratio spectat et afficit ipsum legatum, et falsam conditionem continet, ut ait Ulpianus in *d. l. si sic legatum* 75. §. *quod si:* hoc est, demonstrat rem quae non est in rerum natura; adeoque nihil est legatum. Cum vero respicit solutionem, potest quidem variare modum solvendi; ita ut si nequest fieri solutio eo modo quo testator eam fieri destinaverat, alio modo fiat; non tamen potest mutare, aut evertere ipsum legatum, ad quod non refertur; manente firma voluntate legandi: tametsi deficiat forma solvendi et exequendi voluntatem a testatore praescripta. Atque ita placuit Imperatori in *l. Paula Callinico* 27. §. *Julianus D. de leg.* 3. *l. Lucius Titius* 12. *ff. de alim. leg.* Haud aliter evenit in certa aetate legatarii, adjecta legatis. Si adjiciatur ipsi legato, ejusque substantiam et obligationem respiciat, conditionem facit *l. si Titio* 22. *in princ. ff. qu. dies legat. ced.* Quod si adjiciatur solutioni legati, conditionem non facit: veluti, do, lego Severinae decem, quae accipere debebit, cum ad legitimum statum pervenerit, *l. ex his penult. C. eod.* Neque enim legitima aetas adjecta est obligationi legati, ut possit eam suspendere in incertum eventum, ut in *l. si Titio*: sed solutioni, adeoque solummodo habet vim prorogandi tempus solutionis, ut in l. *Sejus Saturnius* 46. *in fin ff. ad SC. Trebell. l. Firmio Heliodoro* 26. §. 1. *ff. qu. di. leg. ced.* Ibi: *nam certam aetatem sorti solvendae praestitam videri: non pure fideicommisso relicto conditionem insertam.* Idem etiam de loco dicendum est; nam et hic sorti solvendae praestitutus videtur: non fideicommisso pure relicto inserta conditio.

5 Nec obstat, quod dicebamus de alienatione rei legatae, quae solet legatum subvertere. Nam hoc evenit, cum testator rem alienat animo adimendi legati §. *si rem suam* 12. *Instit. tit. de legat. l. scribit* 34. §. *item* 1. *ff. de aur. et arg. leg. l. fideicommissa* 11. §. *si rem* 12. *et* §. *seq. in fin. de leg.* 3. qui animus praesumitur, si nuda voluntate nullaque necessitate alienaverit *l. rem legatam* 18. *ff. de adim. legat.* Hic autem animus adimendi in legato pecuniae non facile praesumi debet, quia pro re familiari quotidie pecunia indigemus. Sed ne hac quaestione implicemur inconsulte, animadvertendum est, quod testator vere non alienaverit rem legatam: neque enim certum corpus pecuniae aut aliam rem certam legavit, sed pecuniam in genere, videlicet quadringenta. Genus autem neo alienari, nec perire potest. Quocirca licet interitu rei debitae debitor liberetur ab obligatione, et casus fortuiti a nullo praestentur *l. contractus* 23. *in fin. ff. de R. J. l. si ex legati* 23. *ff. de V. O.* tamen mutuatarius interitu rei nunquam liberatur §. *item is* 2. *inst. tit. quib. mod. re contr. obl. l.* 1. §. *et ille quidem ff. de obl. et act. l. incendium* 11. *C. si cert. pet.* quia non perit res debita, cum non sit debitor rei, quam accepit, aut alicujus certae speciei, sed generis *l.* 2. *in princ. ff. de reb. cred. princip. tit. instit. quib. mod. re contr. obl.* Non alia ratione si res aestimatae in dotem datae fuerint, etiam illis peremptis maritus manet obligatus *l. plerumque* 10. *ff. de jure dot.* quia pretii debitor est *l. quoties* 5. *C. eod.* pretium autem perire non potest. Haec ratio, utpote a natura prodita ad omnia pertinet: igitur et ad legata. Cajus in *l. in ratione* 30. §. *incertae* 5. *ff. ad. leg. Falcid. Si vero argenti pondus pure relictum esset, quamvis omne argentum testatoris deperisset: admissa lege Falcidia, portio ejus quantitatis sumetur, quae fuit in bonis eo tempore, quo testator decessit: nec ad imminuendam eam, quicquam damna postea accidentia proficient.*

Tertium exemplum proponitur a Juliano in *l. cum qui* 56. *in princ. ff.*

de V. O. Eum, qui ita stipulatur; mihi, et Titio decem: verisimilius est semper una decem sibi et Titio communiter stipulari. Verisimilius est: Tum quia verba id significant, nam qui decem dicit, una tantum decem demonstrat. *l. si quis testamento* 79. *ff. de leg.* 1. contra si stipularetur: *mihi et Titio dena*, viginti stipulatus videretur *l. ubi fidejussor* 24. *ff. de solut. l. cum duo* 17. *ff. de in diem addictione d. l.* 79. hoc est, decem sibi, alia decem Titio: et quia stipulatio pro Titio non valet §. *si quis alii inst. tit. de inut. stip.* ipsi soli decem deberentur: cum autem stipulatur *sibi et Titio decem*, stipulatio valet solum in quinque, quae stipulanti debentur: quoniam in persona Titii valere non potest: pro dimidia parte utilis est stipulatio, pro dimidia inutilis *d.* §. *si quis alii vers. quod si quis inst. tit. de inut. stip. l. si mihi et Titio* 110. *in princ. ff. de V. O. l. per servum* 37. §. *quod unius ff. de acquir. rer. dom.* Tum quia hoc etiam in legatis receptum est, *d. l. eum qui vers. sicut D. de V. O. et d. l.* 79. *ff. de legat.* 1. In hoc autem differt legatum a stipulatione, quod stipulatio, ut modo dixi, valet solum in quinque: legatum autem valet in decem, et utrique quinque debentur, quia legatum in utriusque persona consistit *l. conjunctim* 80. *ff. de leg.* 3. *l.* 7. *C. eod.* Tum denique quia verisimile semper est, debitorem in id, quod minus est, voluisse se obligare. Eo fit, ut qui bis idem promittit, semel tantum teneatur *l. qui bis* 18. *ff. de V. O.* et qui promittit decem aut quinque, debeat solummodo quinque: et si promittat calendis Januariis aut Februariis, perinde sit ac si calendis Februariis promisisset, *l. ita si* 12. *ff. eod.*

Alia exempla non congero: superfluunt enim haec ad explicandum, quod proposuimus.

CAPUT X.

Ad Eamdem L.

SUMMARIUM.

I. Verisimilius est actum esse juxta naturam actus, et juxta solitum, quam e contra, etiamsi nihil dictum fuerit.
II. Quae sunt de natura actus, veniunt in judiciis stricti juris; quae vero plerumque fieri solent, in solis judiciis bonae fidei.
III. Haec magis obtinent si verbis fuerint quodammodo indicata, vel obscure significata. Lex supplet, quod est de natura actus.
IV. Etiam in legatis. Explicatur L. si fundum 81. §. qui fundum ff. de leg. 1.
V. Exponitur L. 3. ff. de servit. leg.
VI. Explicatur L. si quis 112 ff. de leg. 1.
VII. Servitus a pluribus heredibus legata debetur in solidum a singulis.
VIII. Expenditur L. Julianus 15. ff. de hered. instit. et n. IX.
X. Exponitur L. si ex toto 8. §. ult. ff. de leg. 1.
XI. Res legata, qualis est, debetur.
XII. Quantitas rei legatae determinatur ex natura legati et ex verisimilitudine.

Auctarium adjiciam regulae superiori. Si in obscuris inspicere debemus, 1
quod verisimilius est ex *l. in obscuris* 114. *ff. de R. J.* consequens est, ut etiam ipsam naturam actus, et, quod plerumque fieri solet, inspiciamus. Verisimilius enim est secundum naturam actus et juxta solitum, quam contra, egisse testatorem, et contrahentes. Atque hoc adeo verum est, ut, etiamsi nihil dixerint: tamen id pro cauto sit habendum. De natura mutui est, ut aeque bonum reddatur: et ideo etiamsi nihil hac de re convenerit, pro cauto habendum est, *l. cum quid* 3. *ff. de reb. cred.* De natura emptionis est, ut venditor de evictione teneatur: adeoque etiamsi emptor de evictione non caverit sibi, tamen venditor de evictione obligatur, *l. ex empto* 11. §. 1. *et* 2. *D. de act. empt.* De stipulatione duplae Ulpianus in *l. quod si nolit* 31. §. *quia assidua* 20. *ff. de aedil. edict. Quia assidua est duplae stipulatio: idcirco placuit etiam ex empto agi posse, si duplam venditor mancipii non caveat: ea enim, quae sunt moris et consuetudi-*

nis in bonae fidei judiciis debent veni-
2 *re.* Observandum est discrimen inter ea, quae sunt de natura actus; et ea quae a plerisque fieri solent, quae moris sunt. Illa veniunt etiam in strictis judiciis, ut constat ex *l.* 3. *ff. de reb. cred.* de qua modo diximus. Haec non veniunt nisi in judiciis bonae fidei, ut constat ex hac ipsa lege: nam in strictis, quod omissum est, pro omisso habeatur, *l. quidquid adstringendae* 99. *in princ. de ff. V. O.* Verumtamen etiam in his, si plane non fuerit omissum, sed obscure dictum, verba obscura sunt interpretanda secundum ea, quae a plerisque fieri solent: nostra *l. in obscuris* 114. Solitum in his est norma interpretandae voluntatis: non ratio inducendae obligationis.

3 Haec, si plane omissa fuerint, quae sunt de natura actus, aut solita fieri. Multo magis haec obtinere debent, si verbis fuerint quodammodo indicata, vel obscure significata: Supplet enim lex, si quid forte desit; aut detrahit, si quid abundet. In *l.* 1. §. *si autem* 5. *ff. de hered. inst. Si autem sic scribat*: Lucius heres: *licet non adjecerit*: esto, *credimus plus nuncupatum, minus scriptum; et si ita*: Lucius esto: *tantumdem dicimus.* Vide reliqua, quae subsequuntur; sunt enim scitu dignissima. Detrahit etiam, quae superfluunt, et pro supervacuis habet *l. quae extrinsecus* 65. *in princ. ff. de V. O.* Exemplum in institutione heredis proponitur in *d. l.* 1. §. *si ex fundo.* Si ex fundo fuisset aliquis solus institutus, valet institutio detracta fundi mentione. Quod si duo fuerint in fundo instituti, alter ex parte tertia, alter ex besse ejusdem fundi detracta fundi mentione, quasi sine partibus instituti, ex aequis partibus heredes erunt, *l. quoties* 9. §. *si duo* 13. *ff. eod. l. si alterius.* 10. *ff. eod.* In contractibus habemus exemplum in *d. l. quae extrinsecus* 65. *Arma, virumque cano*; *spondeo*: detrahitur illud Virgili hemistychum, et stipulatio valet.

In legatis quoque lex supplet id quod 4
est de natura actus. Exemplum affert Julianus in *l. si fundum* 81. §. *qui fundum ff. de leg.* 1. Testator legavit fundum excepto aedificio: aedificium remanet penes heredem: Sed quia haec exceptio heredi esset inutilis, si non haberet iter et actum ad aedificium: idcirco et iter et actum ei legatarius concedere debet. Diverso tamen jure: nam si nomine aedificii villam testator intellexerit, ipso jure habebit heres iter et actum ad villam, cujus ipso jure dominus erit. Si vero solam superficiem sine solo, villae dominus erit legatarius, qui soli dominus est, §. *cum in suo* 29. *inst. tit. de rer. divis. l qui domum.* 50. *ff. ad leg. Aquil. l. qui res suas* 98. *in fin. vers. non est his similis ff. de solut.* Subvenit tamen heredi Praetor utilibus actionibus, et ipsi constituit servitutem itineris et actus, *l.* 1. *in fin. ff. de superfic.* Quod si legatarius fundum totum vindicaverit, dabit heredi exceptionem, et coget legatarium heredi cedere superficiem, et iter et actum ad villam, hac *l. si fundum vers. si de soli.* In fine hujus §. aliud ponit exemplum Julianus. AEdificii nomen ambiguum est: potest significare aedificium cum solo: potest etiam significare solam superficiem. Quaerit Julianus an excepto aedificio, superficies, an villa excepta intelligatur? Respondet, inclinandum est, testatorem etiam de solo cogitasse, sine quo aedificium stare non potest. En verisimile ductum a natura aedificii.

Sed obstat difficilimus text. in *l.* 3. 5
ff. de servit. leg. in qua quatuor diversae species proponuntur, in quibus non solum a lege non suppletur servitus viae ad fundum legatum, sed etiamsi a testatore legata fuerit via, legatum est inutile.

Resp. hoc ipso servitutem non deberi, quia fuit legata, et quidem inutiliter propter naturam servitutis individuam, *l. stipulationes non dividuntur* 72. *ff. de V. O.* Testator, qui duos

fundos proximos habebat, Sejanum et Titianum, legavit Maevio fundum Sejanum cum via per fundum Titianum: eumdem fundum legavit Titio, sed sine via; utrique per vendicationem. Si uterque vindicet fundum, neutri via debetur: non Titio, quia ei legata non est: non Maevio, quia, cum propter Titii concursum tantum partem fundi Sejani consequatur, *l. si pluribus* 33. *ff. de legat.* 1. §. *si eadem* 8. *inst. eod* non potest viam consequi: non solidam quia solum pro parte fundi dominus est, *l. pro parte* 11. *ff. de servit l. si unus* 19. *ff. de servitut. rust. praed.* non pro parte; quia cum sit individua, pro parte acquiri non potest, *l. viae* 17. *ff. de servit. et dd. ll et nostra*, *l. si fundum* 3. Quod si deliberante Titio Maevius fundum vindicaverit, et Titius postea repudiaverit, Maevius servitutem solidam consequitur cum totum fundum obtinuerit etiam ab initio, licet enim dominium partis in suspenso sit, quamdiu deliberat Titius, tamen eo repudiante apparet Maevium totius fundi dominum retro fuisse, *l. Titio et Sejo* 34. *cum l. seq. ff. ad leg. Aquil.* Igitur perinde est ac si soli Maevio et fundus et via fuisset legata. Altera species est: Testator Maevio fundum Sejanum sub conditione legavit: viam autem per Titianum pure. Herea pendente conditione legati: adivit hereditatem: statim cedit dies legati viae, quod purum est, *l.* 2. *et* 3. *ff. quando di leg. ced.* legati autem fundi dies non cedit ante impletam conditionem, *l.* 5. §. *sed si sub conditione ff. eod.* Non potest igitur Maevius acquirere servitutem viae: non ante existentem conditionem, quia nondum habet fundum, cui debeatur, *l.* 1. *D. comm. praed.* nec post eventum conditionis, cum fundum habere incipit, quia actus defunctorum, quibus non est apposita conditio, suspendi non possunt, *l. ult. in fin. D. eod.* neque enim suspendere debemus actum, quem testator non suspendit vivens, nec potest suspendere post mortem, quo tempore non potest mutare voluntatem, aut aliquid velle, cum nullam habeat amplius voluntatem. Tertia est: fundum Sejanum pro parte legavit Maevio sub conditione: pro reliqua parte pure, simulque viam pure legavit. Heres adivit hereditatem pendente conditione. Cessit dies partis pure legatae, nec non viae: sed viae inutiliter, quia fundus pro parte tantum factus est Maevii, *l. pro parte* 11. *D. de servit. l. si unius* 19. *D. de servit. rust. praed* Quarta: Titius et Sejus fundum communem habebant, ut puta Sejanum. Testator, qui dominus erat fundi Titiani legavit servitutem viae, vel itineris per fundum Titianum utrique tam Titio, quam Sejo: sed Titio pure, Sejo vero sub conditione. Si pendente conditione dies legati puri cessit, interit viae legatum: eadem ratione, qua supra. Summa igitur huc pertinet, ut teneamus eum, qui pro indiviso partis dumtaxat est dominus, acquirere non posse servitutem. Nam qui pro indiviso dominus est, in quacumque parte fundi, imo in qualibet gleba dominium habet: non quidem ex toto, sed ex parte, puta dimidia, tertia, quarta: ex reliqua dominus est ejus socius. Nullam igitur certam ac circumscriptam fundi habet aut aedium particulam, quae tota sit ejus propria, non communis utriusque; scilicet partim propria, partim aliena: alienae autem rei, nec imponi, nec acquiri servitus potest, *l.* 1. *in fin. l. si cum duas* 8. *D. comm. praed:* idcirco per unum socium communi solo servitus acquiri non potest, licet possit retineri, *l. ut pomum* 8. *in fin. D. de servit. l. proprium* 5. *D. comm. praed. l. pluribus* 140. §. *ult. D. de V. O.*

Sed rursus obstat text. in *l. si quis inquilinos* 112. *in princ. D. de legat.* 1. *Si quis inquilinos sine praediis, quibus adhaerent, legaverit, inutile est legatum, sed an aestimatio debeatur, ex voluntate defuncti statuendum esse Divi Marcus, et Commodus rescripserunt.*

Resp. Imo secundum naturam rei faciendam interpretationem, legatum valere non posse. Cum enim inquilini seu coloni, seu adscriptitii praediis adhaereant ita, ut ab iis nec a domino quidem avelli, et sine ipsis praediis alienari non possint, *l.* 2. *l. quemadmodum* 7. *l. cum satis* 23. *C. de agric. et cens.* consequens est, ut nec legari possint repugnante eorum natura; cum nec cuiquam possunt acquiri, *d. l.* 23. Eadem ratione legari non possunt, ea quae aedibus juncta sunt: *l. caetera* 41. §. 1. *D. de leg.* 1. nec convalescit legatum, si quando fuerint separata, puta collabente, ac diruto aedificio, § *seq.* Multo minus igitur potest valere legatum inquilinorum, qui nunquam a fundo separari possunt nec ipsi, nec soboles eorum *dd. ll.* Nec dici potest legatum inquilinorum trahere ad se ipsum fundum, cui sunt adscripti, et a quo separari non possunt argumento *l. nam quod liquidae* 4. *in princ. D. de pen. leg.* Etenim potest quidem principale ea, quae accessionis locum obtinent ad se rapere, *l.* 2. *D. de pecul. l. cum principalis* 178. *D. de R. J. L. Labeo* 17. *D. quem. servit. am.* non autem contra accessorium potest ad se trahere principale, cum ipsum sequatur. Extincto et perempto principali perimitur accessorium, *d. l.* 2. *ff. de pecul. leg d. l. Labeo*, perempto autem, ac deficiente accessorio, non perimitur nec deficit principale, *l. postquam* 3. *ff. de pact.*

7 Reliqua modo persequamur. Occurrit exemplum a Paulo propositum in *l. ult. ff. de servit. leg.* Si plures sint haeredes, non tenentur singuli in solidum, sed ex lege XII. tab. dividitur inter eos hereditas, et pro portionibus hereditariis etiam actiones hereditariae, *l.* 1. *C. fam. ercis.* item et legata, quae sunt onera hereditaria, *l.* 2. *C. de heredit. act.* et hereditariarum actionum locum obtinent, *l. hereditariarum* 40. *ff. de oblig. et act.* Tamen cum via legata fuit pluribus heredibus, singuli in solidum tenentur, et conveniuntur *d. l. ult.* Hoc enim exigit natura servitutis, quae individua est, et partem non recipit, *d. l.* et *l. viae* 17. *ff. de servit. l.* 2. §. *ex his ff. de V. O.*

In *l. Julianus* 15. *ff. de hered. inst.* 8
Ulpianus ex Juliano elegantissimum proponit exemplum. Testator ita scripsit: *Titius ex parte dimidia heres esto: Sejus ex parte dimidia: ex qua parte Sejum heredem institui, ex eadem parte Sempronius heres esto.* Dubitari posse ait, utrum in tres semisses dividere voluerit hereditatem, an vero in unum semissem Sejum, et Sempronium conjungere: ita ut Titius semissem habeat: alterum semissem Sejus et Sempronius; nempe quadrantem singuli. Et hoc verius esse ait. Paulus autem in *l. triplici* 142. *in fin. D. de V. S.* hanc Juliani sententiam referens, verisimili nititur: ibi: *verisimilius esse.* Quid ita? Annon verisimilius est in tres semisses divisisse hereditatem? An non potest testator in quotcumque partes voluerit, hereditatem dividere? Sane potest §. *hereditas cum seqq. inst. tit. de hered. instit. idem quod Sabinus* 17. *per tot. ff. eod.* et *d. l. Julianus* 15. §. 1. in quo sibi videtur adversari Julianus, nam ibi tertius non habet minorem partem quam institutus: imo majorem. Quid? Cur non dicimus Sempronium heredem esse non posse, tamquam ex nulla parte institutum, cum expleto jam asse instituatur in parte ipsius assis, quae jam nulla est, *d. l. item quod Sabinus* §. *sed si asse.* Ibi: *si ita scripsisset expleto asse: ex reliqua parte heres esto: quoniam cum nihil reliquum est, ex nulla parte heres institutus est.* Quamobrem ita concludi potest: aut expleto asse in alium assem venire debet Sempronius, *d.* §. *sed si asse in princ.* seu potius in alium semissem, qui ei fuit relictus a testatore, *l. si ita* 47. §. 1. *ff. de hered. instit.* aut si in reliquam partem assis vocatus est, in nulla parte institutus est; cum

nulla reliqua pars assis supersit, eo in duas dimidias distributo, atque diviso inter Titium et Sejum. Addo, quod si Sempronio damus tantummodo quadrantem, non erit heres ex ea parte, ex qua Sejus fuit institutus: cum Sejus fuerit institutus ex parte dimidia, scilicet ex semisse, non ex quadrante.

9 Nihilominus cum hanc sententiam maximi Jurisconsulti Julianus, Ulpianus, Paulus approbarint, non est ambigendum, eam esse verissimam et optima niti ratione. Cum dubitatur de voluntate testatoris, quod verisimilius est, sequi debemus. Verisimilius autem est, testatorem voluisse conjungere Sempronium Sejo in dimidia, quam Sejo reliquerat. Ut ait Paulus in *l. triplici in fin. D. de V. S.* Unde hoc? Nempe quia plerique in duodecim uncias dividunt hereditatem, quae Assis appellatur §. *hereditas* 6. *inst. de hered. inst.* Assis autem duos tantummodo semisses continet, non tres. Omne totum, quicquid est, duas tantum dimidias partes habet: ergo et hereditas. Ipsa igitur hereditatis natura, quae communis est omnibus rebus, id exigit, ut expleta sit atque exhausta tota hereditas, quotiescumque duae dimidiae partes fuerint distributae. Eo fit, ut cum testator Sempronium instituit ex ea parte, ex qua Sejum instituerat, intelligi debeat eum instituere in ea ipsa parte, in ea dimidia, in qua Sejus est institutus. Verba illa: *ex qua parte Sejum institui*, possunt vel indicare, et connotare rem ipsam; scilicet eamdem dimidiam portionem hereditatis, in qua Sejus est institutus: et tunc Sempronius Sejo conjungitur, quia eadem dimidia utrique relinquitur. Vel possunt indicare quantitatem portionis Sempronio relictae, videlicet quod testator tantumdem relinquat Sempronio, quantum Sejo: quo admisso ad tertiam dimidiam veniendum esset. Hoc autem repugnat tum naturae hereditatis, ut dividatur in tres dimidias partes, tum communi consuetudini *l. servum* 50. §. *ult. ff. de hered. inst.* §. *hereditas inst. eod.* His ita explicatis concidunt ipsa per se, quae huic legi adversari videbantur.

Adjiciam alia exempla. In *l. si ex* 10 *toto* 8. §. *ult. ff. de leg.* 1. testator ita legavit: lecticarios octo, aut pro his in homines singulos centum, utrum legatarius volet. Quaesitum fuit, utrum posset legatarius partem servorum vindicare, et pro alia parte pecuniam petere. Responsum, non posse. Testator fecit potestatem eligendi de duobus, utrum vellet, servos, an pecuniam. Alterutrum igitur eligere debet, non utrumque. Abhorret id a natura electionis a testatore concessae. Quid? Quod haberet octo inter se diversas electiones, discrepantes ab electione data a testatore? Posset enim eligere unum servum, et reliquorum pretium: item duos servos, et sex aliorum aestimationem: item tres, et ita de caeteris. Electio igitur non caderet inter servos, et pecuniam, quemadmodum voluit testator: sed inter ipsos servos, ex quibus eligere posset, quemcumque vellet.

Rursus de natura legati est, ut re 11 certa legata heres talem praestare debeat, qualis est *l. si a substituto* 45. §. *ult. ff. de leg.* 1. Nam testator, qui rem certam legat, veluti fundum Cornelianum, hominem Stichum, qualiscumque sit, ad legatarium transferri vult, ejusque rei dominium ad legatarium transire, quale ipse habuit. Itaque si legatus sit fundus, qui servitutem impositam debet, non liberum heres praestare debet, sed qualis est, nisi testator hoc praeceperit: veluti si dixerit: fundum, uti optimus maximusque est *l. servo legato* 69. §. *si fundus ff. de leg.* 1. *l. si servus* 70. §. *nam et si fundus D. eod.* Item non debet praestare noxis solutum esse servum, furem, aut fugitivum non esse *d. l. si servus* 70. *et l. si legati* 56. *ff. eod.* Addit Pomponius in *d. l.* 56. quod etsi legatarius stipuletur, fugitivum eum non esse praestari: *nihil veniet in hanc stipulationem, quia qualis sit, talis ex*

testamento praestari debet. Stipulatio enim adjecta legato ejus naturam sequitur, *l.* 1. §. *si quis sub conditione* 14. *ff. ut legat. nom. cav.* maxime cum eadem sit etiam natura stipulationis, *l. quae de legato* 46. *ff. de legat.* 1. Aliud exemplum in *l. cum pater* 77. §. *evictis* 8. *ff. de leg.* 2.

12 Non solum in eo, quod attinet ad qualitatem rei legatae, spectanda est ejus natura, et verisimilitudo, de qua modo dicebamus: sed etiam quoad quantitatem legati ejusque partitionem. Exemplis id explico. Qui triginta sola reliquerat, legavit triginta Titio, viginti Maevio, decem Sejo. Non debet ad legatum admitti solus Titius, qui totum patrimonium absorbet, exclusis Maevio et Sejo, quibus nihil reliquum est, quod dari possit. Nam testator, qui eos vocavit ad legatum, utique repelli noluit. Propterea servari debet proportio, quam testator ipse servavit: et Titio quindecim, Maevio decem, Sejo quinque danda: ita enim quilibet habet dimidium ejus, quod testator legavit, et omnes simul conficiunt summam triginta *l. is qui* 80. *ff. de leg.* 1. Item si fundus duobus, uni ususfructus legatus sit: semissem ususfructus unus habet, alterum semissem illi duo. *l. Sempronius* 26. *in fin. ff. de usufr. legato.* Quid ita? quia illi duo conjuncti pro una persona habentur, *l. plane* 34. *in princ. ff. de leg.* 1. *l. un.* §. *hoc ita C. de caduc. toll.* et legato fundi etiam ususfructus continetur, *l. si alii* 19. *D. de usufr. legat.* Tertium exemplum in *l. legatum* 116. §. 1. *D. de leg.* 1. Testator instituit heredes Titium et Sejum: Titio, et duobus extraneis fundum legavit. Titius a se legatum capere non potest, a coherede potest *l. et quidem* 18. *et d. l.* 116. Sejus igitur et suo semisse legatum praestabit tum Titio, tum extraneis: videlicet tertiam partem Titio, duas tertias extraneis. Tertia autem pars semissis est sextans. Itaque sextantem habebit Titius, dextantem extranei; videlicet trientem a Sejo, semissem a Titio jure accrescendi.

CAPUT XI.

Ad L. quoties §. si duo D. de heredibus instit. et l. cum quaestio 23. C. de leg.

SUMMARIUM.

I. Si voluntas disponentis discrepet a natura actus, et sit manifesta, illa potior esse debet.
II. Expenditur l. quoties §. si duo ff de hered. inst.
III. Institutio in re certa valet, detracta rei certae mentione.
IV. Institutis duobus, altero in re certa, altero ex parte vel sine parte, ille consideratur tamquam legatarius, hic est heres in totum, et n. VIII.
V. Verbum instituendi licet plerumque ad heredes referatur, tamen complecti potest legata et alias res.
VI. Institutus in re certa est heres in totum.
VII. Duobus institutis in rebus certis uterque est heres pro semisse.
VIII. Duobus institutis altero in re certa, altero in hereditate ex parte vel sine parte, hic heres est in totum, alter pro legatario habetur.
IX. In divisione cujusque rei justa proportio inter partes servatur. Exempla in hereditate et legatis.
X. Expenditur l. cum quaestio 23. Cod. de legat. et n. XI. et seqq.
XI. Distribuere hereditatem et calculos subducere facile est, et necessarium, ut justitia servetur, et n. XII.
XIII. Et maxime consentaneum est voluntati testatoris.
XIV. Qui prius reliquit cuidam duodecim uncias, alii autem postea sex, non videtur adimere voluisse sex uncias priori.
XV. Qui eamdem rem pluribus legat, eos in ea ipsa re coniungit, neque adimit primo, quod secundo dat
XVI. L. cum quaestio 13. C. de leg. est lex specialis, et in eo casu, de quo ibi agitur dumtaxat observanda, et n. XVII.
XVII. Voluntas mutata praesumi potest ex intervallo, in continenti non potest.

Ut vim, naturamque superioris regulae distinctius explicemus, pauca sunt subjicienda. Ac primum discutiendum; si voluntas et sententia testatoris ab ea videatur dissidere: utra sit praeferenda. Si voluntas manifesta sit, utique potior esse debet. Nam, quae sunt de forma, voluntate contrahentium mutari non possunt, quia mutata forma interit substantia rei *l. Julianus* 9. §. *sed si quis ff. ad exhib. l. cum precario* 12. *ff. de precar. l. insulam* 6. *D. de praescr. verb.* At vero, quae sunt de natura actus, 1

voluntate nostra mutari possunt. *l. naturalis* 5. §. *sed si facio* 4. *D. eod.* pacta enim, que contractui adjiciuntur, obtinent perinde ac si naturalia essent contractus §. *adeo* 3. *in fin. inst. tit. de locat. et cond.* In legatis autem, licet cum pluribus eadem res legata fuit, omnes concurrant, eaque inter eos qui concurrunt dividatur, tamen si manifeste appareat, testatorem voluisse, quod primo legaverat, in secundum transferre, is solus legatum habebit, *l. si pluribus* 33. *D. de leg.* 1. Contra si appareat, eum voluisse singulis solidum deberi, omnes ad solidum legatum venient, non vero pro virili portione *d. l.* 33. Ibi; *nisi ipse testator ex scriptura manifestissimus est, utrumque eorum solidum accipere voluisse, l. plane* 34. §. *sed si non corpus D. eod.* Ibi: *si evidentissimis probationibus testatorem multiplicare legatum voluisse, l. un.* §. *si autem* 12. *vers. hoc autem C. de cad. toll.* Ibi: *nisi testator apertissime et expressim disposuerit.* Liquet igitur hac in re, ut recedatur a natura contractus, et a solito, requiri evidentissimas probationes. Hoc interest inter legatum rei, corporisque, et legatum quantitatis; quod in hoc sufficiunt evidentissimae probationes, scilicet evidentes conjecturae. *d.* §. *sed si non corpus:* in illo requiritur voluntas expressa testatoris *d. l.* 33. *et d. l. unic.* Et hujus differentiae ratio est; *quod eadem res saepius praestari non potest; eadem summa volente testatore multiplicari potest, d.* §. *sed si non corpus.*

2 In hereditate quoque exemplum ponitur in *l. quoties* 9 §. *si duo* 13. *D. de hered. instit.* Hereditas a testatore dividi debet: si non dividatur, omnes aequaliter heredes sunt. *d. l. quoties* §. *heredes.* 12. Quidam instituit heredes Cajum ex parte tertia fundi Corneliani: Sejum ex besse ejusdem fundi. Responsum est, ex aequis partibus heredes esse: si modo voluntas patrisfam. manifestissime non refragatur *d.* §. *si duo* 13. Est hoc plane singulare. Licet enim heredes sine partibus institui ex aequis partibus heredes sint, *d.* §. *heredes* 12. et §. *si plures* 6. *inst. eod.* tamen hic partes assignatae fuerunt, Cajo tertia pars, Sejo bes, quod nomen proprie usurpatur in dividenda inter plures heredes hereditate §. *hereditas* 5. *inst. eod.* Videtur igitur testator satis aperte declarasse voluntatem suam instituendi Cajum in triente, Sejum in besse. Nec simile est, quod proponitur in *l. si alterius* 10. *et in l. seq. D. eod.* Nam ibi cum pretia fundorum, et insularum sint admodum incerta, ex partibus incertis heredes videntur instituti; quocirca perinde est, ac si sine partibus fuissent instituti *l. si quis ita* 36 *D. eod.* sequitur igitur, ut ex aequis partibus instituti censeantur §. *si plures* 6. *instit. de hered. inst.* et *d.* §. *heredes.* Sed in hac specie cum ejusdem fundi uni triens, alteri bes fuerit assignatus, certa est partium distributio: certae portiones hereditatis utrique assignatae, detracta fundi mentione. Sicut enim si unus dumtaxat in fundo Cosneliano fuisset institutus, detracta fundi mentione, in tota hereditate heres esset; ita cum duo et partibus certis instituti fuerunt in eo fundo; detracta fundi mentione, et iisdem partibus heredes esse debent, perinde ac si restator dixisset, Cajus et parte tertia, Sejus et besse heres esto. Placuit tamen Sabino, Celso et Ulpiano heredes esse et aequis partibus: ea, ut puto, ratione, quia testator partitus est fundum, non hereditatem: ac propterea, cum nulla sit mentio fundi, et a lege detrahatur, necesse est nullam quoque esse adscriptionem partium; et detracta mentione fundi, detrahi etiam mentionem partium quae fundo cohaeret, eique est infixa, *l. cum principalis* 178. *ff. de R. J. l.* 2. *ff. de pecul. leg.* totum enim trahit ad se partem, et id quod sine re aliqua esse non potest, rei illi cedit, eamque sequitur, *l. in rem actio* 23. §. *si quis rei cum seqq. ff.*

de rei vind. Cum igitur haec legis auctoritate nitantur, observanda sunt, nisi voluntas testatoris manifestissime re-
3 fragetur *d.* §. *si duo.*

Ad dilucidam hujus legis explicationem alia duo oportet animadvertere. Primum, quod hic non quaeritur, an valeat institutio. Etenim explorati juris est, institutionem in re certa valere, detracta rei certae mentione, ut traditur in *l.* 1. §. *si et fundo ff. eod.* et supponitur in hac lege. Ibi: *ut detracta fundi mentione, quasi sine partibus scripti hereditate potirentur:* sicut valet institutio, cui adjectus est dies, aut impossibilis conditio: detracto die, et conditione §. *heres* 9. *cum seq. inst. eod. l. hereditas* 34. *ff. eod.* solum dubitabatur, an scripti heredes succedere deberent in partes adscriptas fundo Corneliano; an vero in partes aequales, quasi sine partibus scripti heredes; et hanc fuisse Sabini, et Celsi sententiam refert: *si modo voluntas patrisfamilias manifestissime non refragatur.* Haec verba manifestissime referuntur ad divisionem hereditatis inter duos heredes, non ad validitatem; institutionis; ut probant etiam duae leges sequentes. Qui aliter sentiunt, caligant in luce clarissima.

4 Alterum est, quod si duo heredes instituti sunt, alter ex re certa, alter ex parte vel sine parte; qui est institutus ex re certa legatarii loco habetur: alter est heres in tota hereditate, et actiones hereditarias solus potest exercere, solus iisdem conveniri ex Justiniani constitutione in *l. quoties C. de hered. inst.* Quae constitutio veteri jure nequaquam adversatur: et maxime congruit naturae legati et hereditatis. Non adversatur veteri Jurisprudentiae: quoniam Papinianus in *l. coheredi* 41. *in fine D. de vulg. et pupil.* ut institutus in re certa sit heres, requirit non fuisse ei datum coheredem. Ulpianus pariter in *l.* 1. §. *si ex fundo ff. de hered. inst.* proponit eum solum institutum fuisse: quasi aliud juris futurum sit, si ei coheres datus esset. Et perspicue idem Ulpianus in *l. ex facto* 35. *in princ. vers. ita igitur, et in* §. 1. *ff. eod.* ait, quod si unus ex fundo Corneliano, alter ex Liviano heredes instituti sint, erunt quidem heredes ex aequis partibus, licet fundi sint inaequales; sed officio judicis unicuique fundus, qui ei relictus est, adjudicabitur, quos fundos vice praeceptionis accipient, scilicet jure praelegati. Consentanea est etiam naturae tum legati, tum hereditatis. Legati, quia testator ex omnibus bonis suis, ex tota hereditate fundum, aliamve quamlibet certam rem delibat ex sua hereditate: legatum autem nihil aliud est, quam delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit *l. legatum* 116. *in princ. ff. de leg.* 1. Hereditatis, quia qui instituitur ex parte, vel sine parte, heres est in tota hereditate, *l.* 1. *et l. interdum* 13. *ff. de hered. inst.* ne testator partim testatus partim intestatus decedat, contra *l. jus nostrum* 7. *ff. de R. J.* § *hereditas* 5. *inst. eod.*

Veruntamen verba repugnare viden- 5
tur: nam si heres est institutus in re certa, tum verbum instituendi convenit heredi, non legatario: tum nomen heredis non potest legatarium significare. Verissima quidem haec esse fateor, tamen cum concurrunt simul, et natura rei, et voluntas, his verba cedant necesse est, ut infra dicemus. Maxime vero cum verba in generali significatione possunt quodammodo eo trahi, ducique. Verbum instituendi tametsi ad heredes plerumque in jure nostro referatur, multo latius patet, et multo plura complectitur: ac ne a testamentis recedamus, etiam tutores institui dicuntur Liv. *lib.* 1. *Tutor liberis regis testamento institueretur* Cic. *pro P. Sextio. Te sororis filius posthumus adolescens gravis, senili judicio notavit, cum in magno numero tutorem liberis non instituit. Id.* ep. fam lib. 13. epist. 61. *Quod quidem ille testamento declaravit, qui me*

tum tutorem, *tum etiam secundum heredem instituerit.* Heredis quoque nomen etiam legatarium aliquando comprehendit. *l. in conventionibus* 219. *ff. de V. S.* Ibi: *jus heredum ad legatarium quoque transferri potuit. l. in tempore* 14. §. *ult. ff. de usucap.* Ibi: *legatarius quodammodo quasi heres est.* In *l.* duodecim tabul. *uti legaverit rei suae*, *ita jus esto:* legandi verbum et hereditates, et legata, et libertates, et tutelas comprehendit. *l. verbis legis* 120. *ff. de V. S.* Affines igitur sunt heredibus legatarii, et in re ipsa nullum aliud est discrimen, quam quod heres est successor juris universi, legatarius rei particularis. Imo legatarius aliquando successor est juris universi; potest enim legari etiam pars hereditatis, licet non in omnibus loco heredis sit *l. mulier.* 22. *in fin. ff. ad SC. Trebell. l. cum ex filio* 39. *in princ. D. de vulg. et pupil.*

6 Summa rerum haec est. Aut instituitur unus tantum heres, isque in re certa, veluti in fundo, aut duo, singuli pariter in rebus certis: aut duo, alter in certa, alter in hereditate. Primo casu certum est, eum heredem esse in tota hereditate *l.* 1. §. *si in fundo D. de hered. inst. l. cohered.* 41. *in fin. D. de vulg.* Idque etiam si testator jussisset ipsum ea re contentum esse, ut in *l. quoties C. de hered. inst.* Nemo enim facere potest, et cavere, ne leges in testamento suo locum habeant *l. nemo potest.* 55. *D. de leg.* 1. adeoque ut decedat partim testatus partim intestatus contra *l. jus nostrum* 7. *D. de R. J.* §. *hereditas inst. de hered. inst.* Optimus text. in *l pen.* §. *filiusfam. D. de castr. pecul.* Ibi: *quod jus non habuerit*, *non magis quam sine observatione legum facere testamentum: necessario ergo castrensis peculii heres scriptus universa bona habebit.* Ergo etiam miles, qui non est in expeditione, quamvis testari possit de castrensi peculio, tametsi fuerit filius fam. *princ. tit. inst. de milit. testam.* tamen si testatus fuerit solum de castrensibus bonis, non de paternis, in quibus successit ignorans, heres *necessario* habebit universa bona *Necessario:* scilicet quocumque modo, sive velit, sive nolit, adeo, ut aliter fieri non possit §. 1. *inst. tit. de hered. qualitate*, *et differentia*, *l. impensae* 79. *l. munus* 214. *D. de verb. sign.* Cajus *inst. lib.* 2. *tit.* 3. §. 6. Cic. *lib.* 1. *de invent. Necessario demonstrantur ea*, *quae aliter ac dicuntur*, *nec fieri*, *nec probari possunt.* Clarius. Testator non magis efficere potest, ut pro parte testatus, pro parte intestatus decedat, *quam sine observatione legum facere testamentum.* Atqui certum est, eum sine observatione legum facere non posse testamentum, *l. testandi* 13. *C. de testam. l. nemo potest* 55. *D. de leg.* 1. nihil hoc evidentius. Potest ne quis cavere, ut, quem instituit in testamento, sit heres ad diem vel ex die? Profecto non potest. Detrahitur a lege diei, vel temporis vitium, quo sublato remanet pura institutio, *l. hereditas* 34. *D. de hered. inst.* Detrahitur pariter mentio rei certae, *l.* 1. §. *si ex fundo l. quoties* §. *si duo D. eod.* Utrumque autem, tam certum tempus, quam certa res, eadem omnino de causa detrahitur: quia repugnat naturae hereditatis: qui decederet pro parte testatus, pro parte intestatus, pro aliquo tempore testatus, pro reliquo intestatus: in re certa testatus, in reliquis intestatus. Idem igitur utrobique jus esse debet.

Secundo casu tribus modis institui potest. Cajus ex parte tertia fundi Tusculani, Sejus ex besse heredes sunto, ut in *l. quoties* §. *si duo D. de hered. inst.* vel in diversis rebus, ut: Cajus ex fundo Tusculano: Sejus ex Liviano heredes sunto: vel; Sejus ex illa insula: ut in *l. si alterius* 10. *cum seq. D. eod.* vel in pluribus rebus simul junctis; veluti: Cajus rerum provincialium heres esto, Sejus rerum Italicarum, ut in *l. ex facto* 35. *D. eod.* Quocumque modo facta fuerit institutio, uterque erit heres 7

pro semisse, cum uterque sine parte scriptus sit, laudatis *ll.* scilicet non ex parte quota, veluti tertia, dimidia, et simili; sed ex certis ac definitis rebus, quae nullam certam partem hereditatis, hoc est, juris universi portionem constituunt, *d. l.* 10. Caeterum ad officium judicis pertinet cuique rem ipsi relictam attribuere, quam praelegati loco obtinebit, ejusque Falcidiam solvere cogetur. Quantum autem ad aes alienum, uterque pro semisse, ex quo heres est, tenebitur. Haec perspicue atque distincte in laudata *l. ex facto* 35.

8 Tertio casu, cum uni res certa; alteri hereditas, vel ex parte, vel sine parte relicta est: hic vere heres est, et tenetur aes alienum persolvere: primus legatarii loco habetur, ut in superiore casu diximus, *l. quoties C. de hered. instit.* et titulo tenus heres est, haetenus nt a querela inofficiosi testamenti removeatur; si quidem jure novissimo ad eam excludendam titulus institutionis est necessarius *Novell.* 115. *c.* 3. quo titulo jure veteri opus non erat §. *igitur inst. tit. de inoff. testam. l. Papinianus* 8. §. *si quis mortis ff. eod. l. omnimodo* 30. *l. si quis* 33. *l. si quando* 35. §. *et generaliter authent. novissima C. eod.* Hos casus summatim ac breviter distinximus, quia nonnulli hos confundentes in multas salebras inciderunt.

9 Aliud exemplum explicato multo difficilius nobis exhibet Justinianus in *l. cum quaestio* 23. *C. de legat.* Naturalis ratio dividendae cujusque rei est, ut in divisione servetur inter partes justa proportio. Propterea haec omnino servatur a lege in divisione hereditatis, legati, fideicommissi. Finge: pater filiam jam natam heredem instituit: et posthumum, si nasceretur, ex parte dimidia, et quarta, hoc est, ex novem unciis. Dividenda est hereditas in septem partes nato posthumo: quatuor filiae, tres posthumo tribuendae. *Filiae enim totus as, posthumo dodrans datus est: ut quarta portione amplius filia quam posthumus ferre debeat.* Ita Africanus in *l. si ita scriptum* 47. §. 1. *ff. de hered. inst.* Eadem est proportio assis ad dodrantem: hoc 12. ad 9. quae 4. ad 3. Rursus finge: qui sola triginta reliquerat, Titio triginta legavit: Sejo viginti: Maevio decem. Respondit IC. quod Titio quindecim, Sejo decem, Maevio quinque debentur. Sunt enim proportionales hi tres numeri 30. 20. 10 his tribus 15. 10. 5. et singuli habent dimidium ejus, quod ipsis fuit legatum. Julianus in *l. si ita scriptum* 13. *in princ. ff. de lib. et post. Si ita scriptum sit, si filius mihi natus fuerit, ex besse heres esto, ex reliqua parte uxor mea heres esto. Si vero filia mihi nata fuerit, ex triente heres esto, ex reliqua parte uxor heres esto: et filius, et filia nati essent: dicendum est, assem distribuendum in septem partes, ut ex his filius quatuor, uxor duas, filia unam partem habeat. Ita enim secundum voluntatem testatoris filius altero tanto amplius habuit, quam uxor: item uxor altero tanto amplius, quam filia.* Scite profecto rem expedivit Julianus secundum voluntatem testatoris, qui proportionem duplam servari voluit tam inter filium et uxorem, quam inter uxorem et filiam. Finge rursus: Primum ex semisse, secundum ex semisse quis heredes instituit: et, si primus heres non erit, tertium ex dodrante substituit. Si primus heres non sit, quindecim partes faciendae, quarum novem habebit tertius: sex alias secundus: ac tertius quidem sex ex substitutione primi, tres ex institutione; est enim simul et substitutus, et institutus, *l. Julianus* 15. §. *ult. cum l. seq. ff. hered. inst.* Posset etiam hereditas dividi in quinque partes, ut duas ferat secundus, tres tertius; scilicet duas tanquam substitutus: reliquam ut institutus: vel in decem, ut cuique libuerit, eadem semper servata proportione. Sed Julianus voluit conservare portiones assignatas a testatore. Nam aliter Papinianus in *l. qui non militabat* 78. §. 1. *ff. de leg.* 1. Testa-

tor instituit Tertium ex duabus partibus, et Maevium ex quadrante. Si divisioni assis adstringeremur, Titio dodrans, Maevio quadrans dari deberet. Sed quia testator pro arbitrio dividere potest hereditatem; JC. assem redigit ad dodrantem: licet enim testator duas partes Titii non definiverit, tamen satis definitas intelligit ex quadrante relicto Maevio, quo indicatur etiam partes Titio relictas esse quadrantes: itaque duo quadrantes, hoc est, semis ad Titium, quadrans ad Maevium defertur. Ulpianus quoque in *l. item quod Sabinus* 17. §. *ult. ff. de hered. inst. Quod si quis dupondium distribuit, et tertium sine parte instituit, hic non in alium assem, sed in trientem venit.* Tressem revocat ad assem, et quia tertius sine parte institutus divisa in tres asses hereditate ad tertium assem vocatus erat, hoc est, ad tertiam partem hereditatis, venit in trientem assis primi; non in alium assem, nempe in secundum, ut in §. *anteced.* quo casu semissem haberet. Habet igitur trientem, qui est tertia pars assis, sicut tertins assis est tertia pars tressis. Sic igitur servatur justa proportio praescripta tacite a testatore. Hermogenianus in *l. ex unciis* 87. *ff. eod. Ex unciis sex primo herede instituto; secundo ex octo: si tertius ex residua parte, vel nulla partis mentione facta heres instituatur: quinque uncias hereditatis tertius habebit: in viginti quatuor etenim partes hereditate distributa, tertio ratio calculi, veluti ex decem partibus instituto, quinque uncias assignavit.* Ita sane; As est dimidium dupondii: ergo, qui habet decem uncias dupondii, habet quinque uncias assis: et qui octo dupondii, quatuor tantum assis, et qui sex dupondii, tres solum assis. In superiore igitur institutione, primo quadrans, secundo triens; tertio dandus quincunx, quae simul assem conficiunt: sunt enim in eadem proportione 3. 4. 5. et 6. 8. 10. Has igitur partes assignavit ratio calculi, quam sequitur etiam Justinianus in §. *videamus* 7. *inst. tit. de hered. inst.* in quo explicando caligat Hotomannus, et nodum in scirpo quaerit. Pessime interpretatur, *d.* §. pessime absurdeque emendat, *l.* 17. *in fin. ff. eod.* Verissimum est, quod expleto dupondio fit transitus ad tripondium: seu, ut rectius dicam, ad tressem. Verissimum, quod expleto dupondio sine parte institutus aufert trientem hereditatis, quia As est tertia pars trium assium in quos testator divisit hereditatem. Potest eam testator in quotcumque voluerit uncias dividere, §. *hereditas* 5. *in fin. inst. eod.* divisit in uncias 36. distribuit tantum 24. reliquae sunt 12. dandae instituto sine parte 12. sunt tertia pars 36. in quas divisa est tota hereditas, ergo institutus sine parte debet habere tertiam partem hereditatis, hoc est, trientem unius assis, hereditate ad assem revocata. Non intelligit vir summus, cur is, qui expleto asse instituitur sine parte, veniat in semissem, hic autem in trientem. Qui hoc non intelligit, nec arithmeticam, nec geometricam rationem intelligit; nec id, quod omnes intelligunt. Ille habet 12. uncias ex 24. hoc est, dimidium dupondii, seu hereditatis, quae constant dupondio. Hic habet 12. uncias ex 36. quibus constat tota hereditas, adeoque tertiam partem hereditatis, seu trientem assis. Uncia assis, aequat duas uncias dupondii; tres autem, tripondii: ac propterea duodecim unciae dupondii, efficiunt semissem: duodecim unciae tripondii, efficiunt trientem, si ad assem revocentur. Sunt haec clarissima, sed quandoque bonus dormitat Homerus. Haec notare oportebat, ne tanti viri auctoritas inscientibus imponat. Non erravit igitur Hermogenianus, nec Justinianus, nec ulla opus est emendatione. Revertamur modo ad Ulpianum: hic in *l. interdum* 13. §. *sed si excesserit ff. eod. Sed si excesserit in divisione duodecim uncias, aeque pro rata decrescet: ut puta, me ex duodecim unciis, heredem te ex sex scripsit: ego hereditatis*

habeo bessem: tu trientem. Nimirum eadem est proportio 8. ad 4. quae 12. ad 6 Ulpianum sequitur Justinianus in §. *videamus 7. inst. eod. si plures heredes scripti in portionibus sint, tacite singulis decrescere: ut si* (verbi gratia) *quatuor ex tertiis partibus heredes scripti sint: perinde habeatur, ut si unusquisque ex quarta parte heres scriptus fuisset.* Haec igitur ratio computandae, distribuendaeque hereditatis omnium jurisconsultorum consensu, necnon ipsius Justiniani approbatione fuit confirmata. Nec alia potest inveniri, nisi prava atque perversa, et contraria naturali rationi ac geometricis demonstrationibus.

10 Hanc tamen certissimam rationem perturbavit Justinianus *l. cum quaestio* 23. *C. de legat.* ubi statuit, quod si quis alicui reliquerit totam hereditatem, et alteri postea ejus dimidiam, uterque habet semissem hereditatis: et si quis uni totam, alteri tertiam partem reliquerit, ille ferat octo uncias: hic quatuor. Sane videtur iniquum, eum, cui duplum relictum est, nihilo plus consequi, quam is, cui relictum est simplum, et sit totum aequale dimidio. Et hoc statuit tam in hereditatibus, quam in legatis et fideicommissis. Tria autem affert, quae ipsum impulerunt ad adeundam hujusmodi constitutionem. Primum, ut sopiret veterum dubitationem quaestionemque. Altarum, ut tolleret multas computationes superfluas, quae introducebantur multis ratiocinationibus dignas et contrarias menti testatoris. Tertium, ut voluntatem testatoris impleret, cujus vestigia non aliter nisi per hujusmodi viam sunt aestimanda. Quod attinet ad primum, satis copiose hactenus demonstravimus, omnes veteres jurisconsultos in computandis partibus hereditatis, easque ad assem revocandis convenisse: Aristonem, Cascellium, Trebatium, Labeonem, Sabinum, Papinianum, Paulum, Vitellium, Ulpianum, Hermogenianum, et ipsum Justinianum in §. *si plures*, et in §. *seq. inst. tit. de hered. instit.* ubi non recedit a sententia et computatione veterum, nec ullam, ut solet, inter eos autumat fuisse controversiam.

Quod attinet ad secundum, hereditatem distribuere, et calculos subducere tam in proclivi, quam imber est, quando pluit. Nam aut distributio partium assem committitur, et facillime ad assem revocatur: aut nulla est mensura communis; cujus modi sunt quantitates, quas geometrae incommensurabiles appellant, et tunc dividitur hereditas in partes et uncias, quas testator adscripsit: et hoc nullam ratiocinationem, nullam omnino computationem requirit. Exemplis haec explico. Testator primo reliquit totum assem, seu duodecim uncias: secundo semissem, seu sex uncias, ut in hac lege proponit Imperator. Facillime haec distributio ad assem revocatur, quemadmodum fecit Ulpianus in laudata *l. interdum* §. *sed si excesserit*: primus habet hereditatis bessem, secundus trientem: ut modo exposuimus. Pone rursus distributiones, quas proponit idem Justinianus in *d.* §. *videamus.* Quidam tres instituit ex quartis partibus: hae non conficiunt assem: vacat quarta pars, vacant tres unciae: adjicitur unicuique una, et perinde habetur, ac si ex tertiis partibus fuissent instituti: quadrans convertitur in trientem, ut compleatur integer assis. Rursus quidam quatuor heredes instituit ex tertiis partibus: ex triente: ex quatuor unciis. Supersunt hic quatuor unciae: detrahe unam singulis, remanebit quadrans, et perinde erit, ac si unusquisque fuisset ex quadrante institutus, et erit expletus assis: quatuor enim quadrantes assem conficiunt. Non fuit, opinor, Justiniano difficilis haec computatio, quae nec pueros quidem latet. Secundum exemplum in hoc lege propositum est, cum testator uni totam relinquit hereditatem: alteri tertiam partem: vel quod idem est, uni duodecim, alteri quatuor uncias. Hanc distributionem ad assem redigere tam facile est, quam quod maxime.

12 Si vero nulla sit mensura communis, ita ut ad assem revocari non possit, dividitur in tot partes, in quot eam divisit testator. In *l. si ita scriptum* 47. §. 1. *ff. de hered. instit.* duodecim uncias filiae, novem posthumo, si nasceretur, pater reliquerat. Duodecim partes filiae, novem posthumo tribuuntur; seu, quod eodem recidit, ut facilior sit divisio, in septem partes dividitur hereditas, quatuor filiae, tres postumo tribuuntur; utraque enim quantitas est sub tripla quantitatis a testatore designatae, ut supra fusius exposuimus. Eadem ratione si uni duodecim, alteri tres uncias reliquerit: quindecim partes erunt faciendae; illi duodecim, huic tres tribuendae; vel quod est expeditissimum, quinque partes fieri poterunt, et uni quatuor, alteri una dari: sunt enim hi minimi numeri in eadem proportione *l. si ita scriptum* 13. *ff. de lib. et post.* et alias ejuscemodi leges supra explanavimus, in quibus explicandis mehercle arithmeticae, aut geometriae medullam non exsudavimus. Quae sunt istae tam multae computationes multis ratiocinationibus dignae, superfluae et menti testatoris contrariae? Superfluae profecto non sunt: imo vero necessariae. Nam cum nemo possit decedere pro parte testatus, pro parte intestatus *l. jus nostrum* 7. *ff. de reg. jur.* si testator non disponat de tota hereditate, pars vacans non potest deferri heredibus ab intestato: necesse est igitur, ut accrescat heredibus institutis. Contra si excedat assem hereditarium, necesse est pars superfluens pro rata detrahatur ab heredibus institutis, et singulis tacite decrescat. Atque hanc necessitatem fatetur ipse Justinianus in §. *hereditas et in* §. *videamus inst. tit. de hered. inst.* Haec autem adjectio atque detractio, sine computatione at ratiocinatione fieri non potest. Est igitur haec omnino necessaria.

13 Multo minus dici potest contraria voluntati testatoris, cui est maxime consentanea. Ita se rem habere pro certo affirmat Julianus in *l. si ita scriptum* 13. *in principio ff. de liber. et post.* Ibi: *ita enim secundum voluntatem testatoris, filius altero tanto amplius habebit etc.* Et contrariam esse non posse evidentissimum est. Nam Jurisconsulti eas partes singulis tribuunt, quas ipsis ratio calculi assignat, ut ait Hermogenianus in *l. ex unciis* 87. *in fin ff. de hered. instit.* Ratione autem calculi nihil evidentius. Nititur enim firmissimis atque evidentissimis arithmeticae et geometriae demonstrationibus, quae nos in errorem inducere, et falsa aliqua opinione animos imbuere, verique specie decipere non possunt. Recte Cic. *Acad. Quaest* 4. *Geometrae provideant, qui se profitentur non persuadere, sed cogere, lib.* 5. *de fin. bon.* Cogunt certe, et *si prima dederis, danda sunt omnia*: ut alibi idem ait. Nostri Jurisconsulti tales fuerunt, ut in universum de Romanis Cicero testatur initio *lib.* 1. *Tuscul. quaest. In summo apud illos honore* (Graecos scilicet) *geometria fuit: itaque nihil mathematicis illustrius. At nos metiendi, ratiocinandique utilitate hujus artis terminavimus modum.* Enimvero quae de dividenda hereditate legatisve tradiderunt, omnia probari possunt mathematicis demonstrationibus, quae non persuadent, sed cogunt. Aut igitur dicendum, eos in voluntate testantium interpretanda turpiter errasse: aut secundum voluntatem testatorum respondisse. Sed ineptum est, de re tam aperta pluribus disputare.

Superest tertium, quod nititur voluntate testatoris. *Cum enim manifestum est, eum, qui ab initio duodecim uncias rei cuidam reliquit, alii autem postea sex, recessisse quidem a priore voluntate, voluisse autem minui eam sex unciis, quas alii obtulit.* Si hoc manifestum est, totum jus accrescendi, et discrimen inter conjunctos et disjunctos evertitur: falsum etiam erit, quod inter eos concursu partes fiant. Miror, veteres hoc non vidisse, si manifestum est. Certe hoc ignoravit Ulpianus, qui 14

in *l. interdum* §. *sed si excesserit ff. de hered. instit.* in exemplo allato ait: *ego hereditatis habeo bessem, tu trientem*: ignorarunt et alii omnes, de quibus supra. Quid si reliquerit primo duodecim uncias: alteri pariter duodecim uncias: Erit adempta hereditas primo, et in alterum translata: nam si relictis alteri sex unciis, minuitur in sex unciis portio primi: hoc casu minuetur in totis duodecim, et tota hereditas a primo auferetur. Tollitur igitur regula de transitu ad dupondium tradita in *l. item* 17. *ff. de hered. instit.* et ab ipso Justiniano, §. *si plures* 8. *eod.* Tollitur Regula a Paulo tradita libro tertio regularum, relata in *l. si pluribus* 33. *ff de leg.* 1. *Quod si separatim, siquidem apparuerit evidentissime ademptione a priore legatario facta ad secundum etc.* Non transfertur ad secundum, nisi evidentissime appareat priori ademptum fuisse. Tollitur regula, quod hereditas non facile adimi potest, tradita in *l.* 1. §. *sed* 3. *ff. de his, quae in test. del.* Tollitur regula, quod mutatio voluntatis non praesumitur, *l. Lucius Titius* 22. *in fin. ff. de legat.* 2. *l. si quis* 22. *in princ. vers. sed hoc ita ff. de leg.* 3. *l. Paula* 27. *eod. l. legatorum* 33. *ff. de legat.* 2. Tollitur denique ratio naturalis, quae dictat, servandam esse proportionem inter vocatos ad eamdem rem, de qua supra admodum copiose.

15 At enim testator minuit hereditatem vel legatum in tot unciis, quot alteri tribuit: quod enim illis dat, huic adimit: Falsum. Qui rem eamdem pluribus legat, eos conjungit in eadem re legata; quae, si omnes concurrant, inter eos scinditur pro rata portione, §. *si eadem* 8. *inst. tit. de legat. l. si pluribus* 33. *ff. de leg.* 1. *l. interdum* 13. §. 2. *et seqq. ff. de hered. inst.* Alioqui si adimeret primo, quod secundo dat: secundo deficiente, primus non posset consequi, quod ei ademptum est, et in secundum translatum: et cessaret, et tolleretur in legatis jus accrescendi, *l. plane* 34. *in princ. ff. de leg.* 1. *l. quod si* 7. *cum seq. ff. de adim. leg.* Hoc autem, quod voluerit testator a primo legatum, aut partem legati adimere, et in secundum transferre, evidentissime probari debet, *d. l. si pluribus* 33. etiamsi verba conveniant, ut de hereditate respondit JC. in *l. Julianus* 15. *princ. ff. de her. inst.* quam supra late exposuimus.

16 Haec non eo dixi, ut legislatorem reprehenderem, sed ut ostenderem, hanc strictisssime esse intelligendam, ne decipiamur in ejus interpretatione et omnes iuris regulas subvertamus. Est igitur lex specialis, et observanda dumtaxat in eo casu, de quo agit Justinianus. Primum; cum testator primum heredem instituit in tota hereditate, alterum vero in aliqua portione hereditatis: vel uni legat totum fundum, alteri ejusdem fundi portionem. Haec enim est quaestio, quae in ea lege proponitur atque deciditur. Si primo partem, secundo totum relinquat; ad hunc casum decisio non pertinet: solummodo enim statuit Imp. cum testator *ab initio duodecim uncias rei cuidam reliquit; alii autem postea sex.* Nec potest illum tacite comprehendere, aut ad eum extendi: repugnant enim illa verba: *manifestum est, voluisse eam minui sex unciis, cum alii eas obtulit.* Haec ratio, quae movit Imperatorem, deficit hoc casu: quia sex detracta minuunt duodecim, at vero duodecim non possunt a sex detrahi. In toto enim pars continetur, non totum in parte, *l. in toto* 113. *ff. de R. J.* siquidem totum est majus sua parte, ut natura ipsa nos docet. Item si primo non relinquat totum, sed in plures distribuat, et post expletum assem alteri partem relinquat, non erit observanda haec constitutio: tum quia hunc casum non comprehendit: tum quia nec poterit res expediri, nisi recurramus ad proportionem, quam veteres observarunt. Finge: primo dodrans, secundo quadrans relictus est: postea relinquit alte-

ri semissem: si ab utroque aeque detrahimus tres uncias, secundo nihil reliquum supererit, et omnino excludetur, quod est absurdum, cum ipse quoque sit vocatus ad partem. Dividenda igitur res erit in sex partes: et dandae tres primo, una secundo, duae tertio; vel in duodecim, retento asse, dando sex uncias primo, duas secundo, quatuor tertio secundum veteres.

17 Praeterea et illud requiritur, ut primo assem relinquat, et ex intervallo semissem alteri: quod indicat Imperator illis verbis *ab initio* duodecim uncias: *postea* sex; illa verba: *ab initio, et postea* demonstrant testatorem non uno contextu et continuatione sermonis id utrique reliquisse. Confirmat id ratio ab eo addita: *manifestum est recessisse a priore voluntate.* Quid absurdius, si continuo post primum, secundo reliquit? Testator ita scripsit: Cajo duodecim uncias, Sejo sex uncias. Manifestumne est, eum recessisse a priore voluntate? Ne id quidem praesumere sani hominis est; cum sit unica voluntas unica oratione expressa. Ex intervallo quidem praesumi potest mutata voluntas, in continenti non potest. *l. non ad ea* 88. *vers. quod si pure ff. de cond. et dem. l. Lucius* 22. *in fin. ff. de leg.* 2. ibi: *nisi heres ab hoc decessisse testatorem ostenderit,* nisi hoc specialiter dixerit *l. si quis* 22. *ff. de leg.* 3. aut se in continenti correxit, ut in *l. si ita scriptum* 47. *in princ. ff. de hered. inst.* et in *l. sicut adimi* 5. *ff. de adim. leg.* Illud etiam observandum, quod nec ex intervallo facile praesumitur mutata voluntas, ut in laudatis *ll.* et aliis supra adductis.

CAPUT XII.

Ad L. cum precario* 12. *ff. de precar. et alias.

SUMMARIUM.

I. Proponitur quaestio.
II. In contractibus tria considerari possunt, substantia, natura, accidentia.
III. Natura rerum differt a substantia et num. IV.
V. Quae ex juris dispositione propria sunt cujusque actus, ea sunt naturalia; quae adjiciuntur arbitrio agentium, accidentalia.
VI. Si quid actum fuerit contra substantiam, aut non valet, aut in alium contractum convertitur.
VII. Si absoluta fuerit substantia alterius contractus, quam ejus, qui iniri voluerat, in illum transformatur.
VIII. Explicatur textus noster, et num. IX. X. XI.
IX. Precarium elapso tempore eidem adjecto finitur.
X. Precarium a domino repeti potest etiam nondum elapso tempore, ad quod concessum fuit, quia potest mutare voluntatem.
XI. Precarium non potest converti in commodatum, a quo differt toto genere.
XII. Id quod actum est, praevalet, cum actum fuit de aliqua proprietate, quam lex vel consuetudo tribuit actui ratione tantum vel aequitate suadente, et n. XIII. XIV.
XV. Natura actus praevalet, cum actum omnino est inutile, vel cum in alium transformatur. Primum accidit in ultimis voluntatibus.
XVI. Etiam in contractibus, et num. XVII. XVIII. XIX. XX. XXI.
XVII. Venditor etsi conveniat evictionem non praestare, pretium tamen re amissa semper restituere debet, et n. XVIII.
XXII. Dispositio, quando convertatur in aliam, si quid actum fuerit contra ejus naturam. Exemplum in emptione, quae in locationem convertitur.
XXIII. Alterum exemplum in societate quam valere jure donationis nonnulli putant, sed rejiciuntur, et num. XXV.
XXIV. Expenditur L. cum hic status 32. §. si inter 24. ff. de donat int. vir. et ux.
XXVI. Emptio et locatio in donationem transformantur, non item societas, et quare.
XXVII. Quod actui adjicitur, illum vitiat, si ejus fini et causae adversetur.
XXVIII. Quod actum est contra accidentia contractus, semper praevalet.
XXIX. Natura actus praevalet proprietati verborum.
XXX. Item alteri regulae; verba generaliter sunt intelligenda.
XXXI. Item alteri: obscura verba contra proferentem interpretanda.

Id quod actum fuit sequi debemus. Ex natura cujusque actus voluntatem agentium debemus interpretari. Hae duae regulae concurrunt saepenumero, et confligunt et colliduntur. Utra sit potentior, 1

et alteram vincat, accurate a nobis est disputandum: hanc enim quaestionem vix leviter atque dispersim interpretes attigerunt. Primum autem explicandum est, quid naturae nomine intelligamus. Doctissimus Cujacius, et cum eo eruditiores fere omnes interpretes, naturam cujuslibet actus substantiam et essentiam ejus interpretantur: et cum Papiniano in *l. pacta conventa* 72. *ff. de contr.*
2 *empt.* statuunt contractus constare substantia et adminiculis: Substantiam autem et naturam non esse diversa. Reprehendit etiam veteres, quod in contractibus tria considerent; substantialia, naturalia, accidentalia. Ego contra non ausim illos reprehendere: imo hanc distinctionem ad docendum et ad exponendas contractuum proprietates utilissimam esse arbitror, et a vero non alienam. Quid enim impedit disciplinae causa, quae Papinianus vocat *adminicula*, in naturalia et accidentalia distinctius dividere,
3 et alia ab aliis separare? Porro in omnibus fere naturalibus rebus praeter substantiam rei natura quoque consideratur, quae nihil aliud est, quam proprietas, seu qualitas ingenita et insita a natura. Quocirca saepissime occurrit apud Ciceronem aliosque probatissimos auctores natura coeli, terrae, loci, provinciae, populi, stirpium, herbarum: naturae etiam virtutum, et vitiorum et scientiae cujuscumque. Cic. *de Clar. Orat. Naturam habuit admirabilem ad dicendum.* Et in *Orat. lib.* 1. *Naturam atque ingenium ad dicendum vim afferre maximam.* Scilicet proprietas illa animi apta et sagax ad bene dicendum. Virgilius de apibus

> *Nunc age naturas, apibus quas Jupiter Ipse addidit,*
> *Expediam.*

4 In homine ipso quis non distinguit naturam a substantia et accidentibus? Substantia est, esse animal rationale. Natura est omne id, quod ei a natura est insitum et innatum: quo ab aliis distinguitur. Recte Cicero *de Invent. Praeterea commoda et incommoda considerantur a natura data animo, aut corpori hoc modo: valens, an imbecillus: longus, an brevis: formosus, an deformis: velox, an tardus sit: acutus, an hebetior: memor, an obliviosus: comis, officiosus, prudens, patiens, an contra. Et omnino, quae a natura data animo, et corpori considerabuntur, in natura consideranda sunt.* Quod vero vel a natura obvenit, casuque accidit, vel propria cujusque industria comparatur, accidens est: scilicet dives, an pauper sit: nobilis, an ignobilis: liber, an servus: rudis, an eruditus. Quid est igitur, quamobrem in actibus hominum ad jus pertinentibus, in contractibus, in ultimis voluntatibus eadem haec consideranda non sint. Enimvero M. Tullius etiam in numerosa oratione naturam considerat, et, cujusmodi ea sit, latissime explicat.

Non ignoro: veteres Jurisconsultos etiam substantiam naturam appellasse. Plerumque tamen naturae nomine indicant qualitatem et proprietatem, quam habet actus insitam, et quasi innatam, et infixam vel a lege, vel consuetudine usuque communi; vel ex se et ratione sui. Quemadmodum in rebus naturalibus natura cujusque constat proprietatibus ingenitis et insitis ab ipsa rerum natura: ita et in actibus legitimis: quae ex juris dispositione propria sunt, et praecipua et peculiaria: cujusque actus, ea sunt naturalia: quae vero aliunde assumuntur et adjiciuntur arbitrio agentium, accidentalia dici possunt. Porro Paulus in *l. si unus* 27. §. *pactus vers. quod et in specie in fin. ff. de pact.* ait tempus restituendae doti datum, a lege tribui naturae dotis: *quoties enim ad jus, quod lex naturae ejus tribuit, de dote actio rediit etc.* Id. in *l. cum ususfructus* 13. *ff. de usufr. leg. viae enim servitus una est, quia natura sui habet intermissionem.* Id. in. *l. naturalis* 5. §. *pen. ff. de praescr. verb. et potest mandatum* 5

ex pacto etiam naturam suam excedere. Id. in *l. Lucius Titius* 24. *in fin. ff. deposit. Sed contra bonum fidem, et depositi naturam est, usuras ab eo desiderari temporis ante morum, qui beneficium in suscipienda pecunia dedit.* Papin. in *l. eamdem* 9. §. 1. *de duob. reis, quia posterior conventio statum et naturam obligationis, quae duos initio reos fecit, mutare non potest.* Ulpian. in *l.* 5. *in fin. ff. de fidejus. quia natura obligationum duarum, quas haberet, ea esset, ut cum altera earum in judicium deduceretur, altera consumeretur.* Pomponius in *l. quoties* 15. §. *ult. ff. de servitut. Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis, sed ut aliquid patiatur, aut non faciat*, natura, substantia: nam aliquando et pati, et facere debet, ut in servitute oneris ferendi *l. etsi forte* 6. §. *etiam et l. sicut* 8. §. *distant. si servit. vindic. l. eum debere* 33. *ff. de servit. urban. praed.* Nimirum haec est natura hujus servitutis: illa aliarum servitutum: quoniam illis hoc tribuit lex: huic vero contra. Itidem natura negotii in *l. ob carmen* 21. §. *ult. ff. de testib.* natura actionis funerariae in *l. et si* 14. §. *idem* 13. *ff. de relig. et sumpt. fun.* natura actionis, quod metus causa in *l. sed et partus* 12. *in fin. ff. quod met. caus. Venditio, cujus indivisa natura l. cum ex causa* 139. *ff. de V. O.* in his, et aliis in legibus naturae nomen non pro substantia, sed pro qualitate propria, ac peculiari rei vel actus indita a lege, usurpatur.

6 His expositis, ac probe constitutis: apparet, propositam quaestionem in tres partes esse dividendam. Primum docendum, quid juris sit, si quid actum fuerit contra substantiam. Promptum id, et in expedito positum. Substantia utique praevalet ac praeponderat: non potest enim ea agentium arbitrio et auctoritate mutari, atque perverti: nam mutata forma prope interimit substantiam *l. Julianus* 9. §. *sed si quis* 3. *ff. ad exhib.* Itaque non valet id, quod actum est. Veruntamen distinguendum est. Aliquando enim non valet contractus, aliquando in alium contractum convertitur et commutatur. Non valet contractus, si non fuerit servata forma a lege praescripta. Puta: id actum fuit inter contrahentes, ut contraheretur stipulatio, sed promissor interroganti non respondit, sed annuit, vel responsio non fuit congrua interrogationi, vel secuta est ex intervallo: nihil valet, quod actum est, adeo ut nec naturalem pariat obligationem, *l.* 1. §. 1. *et* 2. *et* §. *ult. l. ult. l. inter* 83. §. *si stipulante l. continuus* 137. *in princ. ff. de V. O.* §. *praeterea* 5. *inst. de inut. stipul.* Vel si pupillus aut minor praedium sine decreto alienaverit, *l.* 1. *ff. de reb. eor. l. minorum* 6. *l. si minor* 15. *C. de praed. et al. reb. min.*

7 Si vero non fuerit quidem absoluta substantia contractus, quem destinaverant inire contrahentes, sed substantia alterius contractus; non est omnino inutile, quod actum est, sed in hunc contractum transformatur. Exempla passim occurrunt. Si mutuum accipiens convenerit de eadem specie reddenda; non mutuum contrahet, sed depositum aut commodatum: vel de reddendo alio genere, erit contractus innominatus, *l.* 2. *in princ. ff. de reb. cred. l. ult. ff. de praescr. verb.* scilicet permutatio, *l.* 1. §. 1. *ff. de contr. empt. si convenerit ut togam darem, ut pro ea tunicam acciperes, non erit emptio, sed permutatio d. l.* 1. §. 1. Si commodatum contrahere volentes certam mercedem pro usu rei commodatae statuerint, transformabitur in locationem, §. *item is in fin. inst. tit. quib. mod. re contr. oblig.* vel aliud quiddam loco mercedis, in contractum innominatum, *l. si ut certo* 5. §. *rem tibi* 12. *ff. commod. l. si gratuitam* 17 §. *si cum unum ff. de praescr. verb.* Alia exempla in *l.* 1. *in fin. ff. mand.* in *l. empti* 9. *C. de contr. empt. l. si quis* 46. *ff. locat. l. si quis*

ante 10. *in princ.* et in §. *ult. ff. de acq. vel omit. posses.*

8 In precario tamen contra sensit Celsus in *l. cum precario* 12. *in princ. ff. de precar.* Cum precario aliquid datur, et convenit, ut in Kalendas Julias precario possideat, ait, *nullam vim esse hujus conventionis*, *ut rem alienam domino invito possidere liceat.* Videbatur dicendum, hoc pacto precarium transformari in commodatum: simile est enim precarium commodato *l.* 1 §. *ult. ff. eod.* In hoc differt, quod in commodato utendi modus finisque praescribitur *l. si ut certo* 5. §. *quinimo et l. in commodato* 17. §. *sicut ff. commod.* in precario non item *l.* 1. *in princ. l.* 2. §. *et naturalem ff. de precar.* In nostro autem casu, cum dies utendi fuerit praescriptus, videtur omnino precarium induere naturam commodati. Nodus admodum implexus, qui non facile potest expediri. Tentandum tamen est.

9 Primum autem vereor, ne non sit contra substantiam precarii pactum hujusmodi. Non obscure hoc indicant Pomponius et Ulpianus. Hic in *l. in rebus* 4. §. *ult. ff. de precar.* ait quod, *qui precario ad tempus rogavit, etiam finito tempore videtur precario possidere*: quia dominus, cum patitur finito tempore possidere, intelligitur de novo concedere. Subdit Pomponius in *l. seq.* quod si manente adhuc precario tu in ulterius tempus rogasti, non renovatur precarium, sed in longius tempus profertur: *si vero praeterita die rogas, propius est*, *ut soluta causa precarii non redintegretur*, *sed nova constituatur.* Iterum Ulpian. in *l. certe* 6. *in princ.* subjicit, quod *si interim dominus furere coeperit*, *vel decesserit*, *precarium non redintegratur.* Ex his colligitur, quod si rogaverit precario ad tempus, et subsistit precarium ipsum, et subsistit etiam pactum adjecti temporis. Etenim finito tempore finitur precarium: et si dominus patiatur precario rogantem ultra possidere, de novo precarium concedere intelligitur: primum ergo precarium elapso tempore expiravit. Item si manente adhuc precario in ulterius tempus rogaverit, in illud tempus precarium prorogatur. Ergo rata habetur tam adjectio temporis initio facta, quam subsequens prorogatio. Denique si non redintegratur precarium decedente aut in furorem incidente domino, quia non habet amplius voluntatem; ergo elapso tempore adjecto precarium extinguitur secundum voluntatem et conventionem initam. Subsistit igitur precarium: subsistit et pactum certi temporis ipsi adjectum. Atqui si esset contra substantiam, aut ipsum esset inutile, aut precarium, quod per pactum converteretur in alium contractum, ut supra demonstravimus. Enimvero quo magis nodum conor expedire, eo arctius adstringo: Adversantur enim haec nostrae legi, in qua Celsus hoc pactum, hanc conventionem nullam esse declarat: ibi: *sed nulla vis est hujus conventionis.* Ac si vim haberet haec conventio, cur precarium non transformaret in commodatum precario simillimum? *l.* 1. §. *ult. D. de precario.* Nam etiam pacta contra naturam transformant contractum, cui adjiciuntur, in alium contractum, cujus naturae congruunt, apteque conveniunt; ut infra exponemus.

Non inscite responderi posse arbitror, 10
Celsum non simpliciter affirmare, nullam esse hujusmodi conventionem: sed nullam vim habere: ut liceat rem alienam invito domino possidere. Precarium enim genus est liberalitatis, quod ex jure gentium descendit, *l.* 1. §. 1. *D. eod.* Ex hac aequitate nascitur interdictum, quod domino dat Praetor ad repetendam rem precario concessam: *et hoc naturalem habet in se aequitatem*: *namque precarium revocare volenti competit*: *est enim natura aequum tam diu te liberalitate mea uti*, *quam diu ego velim*, *ut possim revocare*, *cum mutavero voluntatem*, *l.* 2. §. 3. *ff. eod.* Igitur qui precarium ad Kalendas Julias

concessit, ante Kalendas illud repetit hoc interdicto. Recte repetit, quia natura aequum est, te liberalitate mea tamdiu uti, quamdiu ego velim: non vult autem te amplius uti liberalitate sua. At enim convenit, ut liberalitate sua utereris usque ad Kalendas Julias, ergo saltem adjuvandus est exceptione pacti conventi, §. *temporales* 10. *inst. de except. l.* 3. §. *ult. ff. eod.* Profecto non potest adjuvari hac exceptione, quae abhorret a naturali aequitate, *l. Marcellus* 66. *ff. de R. J.* Nam si naturali aequitate nititur interdictum, *d. l.* 2. §. 2. *ff. de precar.* a naturali aequitate abhorret exceptio, quae opponitur interdicto, et ipsum repellit et excludit, *l.* 2. *ff. de except.* Neque conventio aequam reddit exceptionem: quia dominus agendo interdicto demonstrat se mutasse voluntatem; quam mutare potest secundum ipsius precarii naturam, *d. l.* 2. §. 2. Ibi: *quam diu ego velim: et ut possim revocare, cum mutavero voluntatem.* Et hoc significat Celsus in nostra *l.* 12. illis verbis: *nulla vis est hujus conventionis, ut rem alienam invito domino possidere liceat.* Quomodo possidet domino invito, si dominus convenit, ut possideret? Convenit quidem, cum rem precario concessit: nunc autem, cum agit interdicto, est omnino invitus, mutata priori voluntate, quam jure potuit mutare, et naturali ratione ab ea recedere. Neque hoc est sine exemplo. De legatis Hermogenianus in *l. si quis in principio* 22. *D. de legat.* 3. *Nemo enim eam sibi potest legem dicere, ut a priore ei recedere non liceat voluntate.* Idem constitutum in donatione causa mortis, *l. ubi ita donatur* 27. *D. de don. caus. mort.* Huic autem simile est precarium, nam ipsum est quaedam species donationis: *distat tamen a donatione* (inter vivos) *eo quod qui donat, sic dat, ne recipiat*: *qui precario concedit, sic dat, quasi tunc recepturus, cum sibi libuerit precarium solvere*; in hoc autem convenit cum donatione causa mortis. Igitur summa rerum haec est. Conventio certi temporis adjecti precario valet et sustinetur, quamdiu dominus manserit in eadem voluntate: si vero mutaverit voluntatem, et repetat rem precario concessam, expirat conventio, et precarium finitur: si non mutaverit voluntatem, durat usque ad tempus conventum, et elapso tempore finitur juxta conventionem; quia jam ab initio fuit revocatum in hoc articulo temporis, adjecto illo pacto.

Non convertitur autem in commodatum, tum quia magis accedit ad donationem et beneficii causam, quam ad negotii contracti, *l. interdictum* 14. *ff. de precar. l. eum qui* 14. §. *is qui* 11. *D. de furt.* et cum utrique similis sit, in neutrum transformatur, in utrumque enim transformari non potest: sequitur igitur, ut maneat actus interjectus et intermedius, et vicinus amborum, participans utriusque naturam, dum quia simile quidem est commodato, quod rem non facit accipientis, *l.* 1 *in fin. ff. de precar.* et quod gratuitum est, sicut commodatum §. *item is cui in fin. inst. tit. quib. mod. re contr. oblig. l. si ut certo* 5. §. *si rem tibi* 12. *ff. commod.* tamen quod ad caetera differt; nam commodatum est contractus, et quidem nominatus, ex quo duplex actio oritur commodati directa et contraria, *d.* §. *item is in princ. l. in commodato* 17. §. 1. *et l. seq.* §. *ult. ff. commod.* precarium non est proprie contractus, *l. interdictum* 14. *D. de precar.* nam nec nominatus est, nec innominatus, ut apparebit, si quatuor contractuum innominatorum genera diligenter excutiantur: et nulla civilis actio datur nomine precarii, *d. l.* 14. *et l. eum qui* 14. §. *is qui* 11. *D. de furt.* interdictum autem Praetor dat propter naturalem aequitatem, et actio praescriptis verbis ex bona fide oritur, *l.* 2. §. 2. *D. de precar.* Cum igitur toto genere differat precarium a commodato, nulla ratio suadet, ut in commodatum transformetur: maxi-

me per pactum, quod subsistit etiam precario illaeso: et vicissim precarium sustinetur etiam manente pacto. Hoc amplius precarium non transit ad heredes, *l. cum precario* §. *ult. D. de precar. l. cum heres ff. de div. tempor. praescr.* Paulus *lib.* 5. *rec. sent. tit.* 6. §. 17. ubi est expressa ratio: commodatum in heredem transit, *l. penult. C. de commod. l. in commodato* 17. § *si ex facto ff. eod.* In precario dolus tantum praestatur, quia totum est ex liberalitate, *l. quaesitum* §. *eum quoque ff. de precar.* in commodato et dolus et culpa etiam levissima, *l.* 1. §. *et ille quidem ff. de oblig. et act. l. in rebus* 18. *in princ ff. commod.* Singulare enim hoc est in precario et contra regulas juris, ut de dolo solum teneatur is, qui solus utilitatem percipit ex contractu.

12 De substantia multo fusius, quam destinaveram, dixi. Sequitur modo quaestio de natura actus: scilicet si quod actum fuit, repugnet naturae actus, utrum naturam sequi debeamus, an vero id, quod actum est. Aliquando hoc praeponitur, non raro et illud. Id, quod actum est, praevalet, cum actum fuit de aliqua proprietate, quam lex vel consuetudo tribuit actui ratione vel aequitate suadente: non tamen prohibet contra fieri, cum id neque iniquum sit, neque omnino repugnet actui. Exemplis id explico. De natura emptionis est; ut praestetur cautio duplex, et ex edicto AEdilium redhibitio animalium. Si autem inter emptorem et venditorem actum sit, et conventum, ne cautio praestetur, conventio praevalebit, et servanda erit, postposita natura actus, *l. pacta* 72. *ff. de contr. empt. l.* 6. §. 1. *D. de act. empt. l. pacisci* 32. *D. de pact. l. quaeritur* 14. §. *pen. ff. de Ædilit. edict.* Licet enim haec sint propria ut dicuntur in *l. si heres* 5. *in princ. ff. de act. empt.* tamen conventione tolli possunt, quia nec iniqui quicquam continent, nec a lege coguntur contrahentes ea observare, nisi dolus intervenerit; sunt introducta favore contrahentium, et ideo ea contemnere licet, *l. si judex ff. de minor. d. l. quaeritur* 14. §. *pen.* et pacisci etiam contra Praetorem licet, quoties pactum non publicam, sed tantummodo rei familiaris laesionem spectat, *l.* 7. §. *si paciscar* 14. *ff. de pact.*

13 Aliud exemplum est in deposito, de quo in *l. Lucius Titius* 24. et *l. Publia* 26. §. 1. *ff. depos.* Si quis deponat pecuniam non in sacculo vel arca clausam, sed numeratam, et id actum fuerit inter contrahentes, ut tantundem, non eadem pecunia solvatur: imo et solvantur usurae: excedit quidem haec conventio depositi notissimos terminos, et depositae pecuniae modum excedit: sed tamen subsistit depositum, subsistit et conventio usurarum, quia in bonae fidei judiciis etiam ex pacto usurae debentur, *l. cum quidam* 17. §. *ex locato D. de usur. l. initio* 5. *C. de pact. int. empt. et vend. l. contractus l. qui negotia* 34. *ff. mand.* Praevalet igitur, quod actum est, naturae depositi. Haec enim pacta non sunt contra substantiam depositi, sed solum contra naturam, ut perspicue demonstrant illa verba Papiniani: *egreditur ea res depositi notissimos terminos*, et Pauli: *depositae pecuniae modum excedere.* Subdit, *et ideo secundum conventionem usurae quoque actione depositi peti possunt.* Quid hoc rei est? Quod excedat haec conventio depositae pecuniae modum, inde non sequitur, ut usurae peti possint secundum conventionem actione depositi: imo sequitur contrarium Sed non est ineptum, aut falsum consequens, quemadmodum videtur. Nimirum hoc sensit Paulus: cum haec conventio non sit contra substantiam depositi, sed dumtaxat excedat modum depositae pecuniae, scilicet ejus naturam, non est irritus depositi contractus, nec in mutuum convertitur, et ideo secundum conventionem debentur usurae, et peti possunt actione depositi. Sane quidem; nam si depositum converteretur in mutuum: usurae ex conven-

tione non deberentur, *l.* 3. *C. de usur. l. Titius* 24. *vers. respondit ff. de praescr. verb.* Manet igitur depositum *l. die* 25. *ff. depos.* quia duo sunt genera depositi: alterum, in quo traditur pecunia clausa vel obsignata: *traditur*; et in hoc quia tamquam certum corpus deponitur, eadem corpora nummorum clausa vel obsignata sunt restituenda. §. *praeterea tit. quib. mod. re contr. obl. l.* 1. §. *is quoque D. de oblig. et action.* alterum, cum quis pecuniam numeratam ita deposuit, ut neque clausam, neque obsignatam traderet, sed adnumeraret: in quo nihil aliud debetur, nisi tantumdem pecuniae *l. in navem* 31. *vers. idem juris ff. locat.* Ratio est, quia cum pecunia numeratur, in contractum deducitur tamquam quantitas non tamquam corpus: atque ideo qui illam accipit, debitor quantitatis constituitur: cui consequens est, eamdem rem restituere, quoties restituit eamdem quantitatem. Neque contrarium est, quod ait Ulpianus in *l. certi condictio* 9. *in fin. cum l. seq. ff. de reb. cred.* data utendi facultate depositario, depositum in mutuum converti. Nam ibi depositarius rogaverat deponentem, ut sibi liceret uti pecunia tamquam mutua, non tamquam deposita. Ibi: *transit periculum ad eum, qui mutuam rogavit;* itaque concurrit utriusque voluntas contrahendi mutuum. Contra in casu nostro uterque vult depositum contrahere; et ideo in mutuum converti non potest: *nam nisi animus utriusque consentit, perduci ad effectum, in quod inchoatur, non potest. l. in omnibus rebus* 55. *ff. de obl. et act. l.* 1. §. *conventionis ff. de pact.* Verum tamen, quae in depositi favorem sunt constituta, propterea quod pecunia manet penes depositarium, isque nullam ex deposito percipit utilitatem, ea cessant in hujusmodi deposito: veluti quod solummodo de dolo teneatur, *l. si ut certo* 5. §. *nunc videndum ff. commod.* ut deponens aliis praeferatur, *l. si ventri* 24. §. *in bonis D. de bon. auct. jud. poss. alias de privil. cred.* Quae de deposito diximus, eadem constituta sunt in locatione et conductione in *l. in navem* 31. *D. locat.*

14 Aliud exemplum. Si actum fuerit, ut, qui ex natura contractus solum de dolo teneretur, de culpa etiam et custodia teneatur: id, quod actum est, sequimur, *l.* 1. §. *si convenit* 6. *et* §. *saepe* 35. *D. depos. l. et Aristoni* 39. *D. mand. l. si ut certo* 5. §. 2. *D. commod. l.* 7. §. *sed etsi* 15. *vers. item si D. de pact.* Item contra si actum sit, ut dolum tantum vel dolum et culpam praestet, qui ex natura contractus etiam diligentiam praestare tenebatur, *l. si ut certo* 5. §. *interdum* 13. *D. commod.*

15 Nunc videndum, quando natura actus praevaleat ei, quod actum est. Duobus modis id accidit, tum, cum omnino inutile est id, quod actum: tum, cum actus qui geritur, in alium actum transformatur. Primum accidit in ultimis voluntatibus, ut in legatis. Exemplum in *l. si quis in principio* 22. *D. de leg.* 3. *si quis in principio testamenti adscripserit: si cui bis legavero, semel tantum dari volo: postea eodem testamento vel codicillis sciens saepe eidem legaverit: suprema voluntas potior habetur.* Ratio, quia natura ultimae voluntatis est, ut sit ambulatoria usque ad vitae supremum exitum, *l. quod si iterum* 4. *D. de adim. leg. l. cum hic status* 32. §. *poenitentiam D. de donat. int. vir. et ux.* adeo ut nemo possit eam sibi legem dicere, ut a priore ei recedere non liceat voluntáte, *d. l. si quis* 22. Alterum exemplum elegantissimum proponitur in *l. si peculium* 6. *ff. de pecul. leg. Si fuerit legatum peculium non deducto aere alieno, verendum, ne inutile legatum sit, quia quod adjicitur, contra naturam legati sit: sed puto verum, hanc adjectionem non vitiare legatum, sed nihil ei adjicere.* Contra naturam, non contra substantiam. Subdit enim: *Plane si proponas legatarium nactum possessionem rerum, exceptione doli*

adversus heredem vindicantem uti potest: habet enim in solidis rebus voluntatem aeris alieni non deducendi. Si esset contra substantiam, voluntas testatoris nullius esset momenti, nec daret legatario exceptionem.

16 Praeterea et in contractibus idem est constitutum. In dote constituenda si pactum adjiciatur, quo deterior fiat conditio dotis, est illud inutile; veluti ut maritus solum de dolo teneatur, *l. Pomponius* 6. *D. de pact. dotal.* ut restituatur post longius tempus, quam sit naturae dotis a lege datum, *l. si unus* 27. *§ pactus* 2. *vers. quod et in specie D. de pactis* Plura exempla peti possunt ex *l.* 2. *et* 4. *et l. de die* 14. *et l. Attilicinus* 17 *D de pact. dot.*

17 In emptione et venditione. De natura emptionis est, ut venditor praestet evictionem, *l. non dubitatur* 6. *C. de eviction.* cum enim de natura hujus contractus sit, ut venditor teneatur solummodo ad rem tradendam, non autem ad dominium rei transferendum in emptorem: et contra emptor teneatur nummos facere venditoris; quae lex constituit, ut facilitati commercii provideret; necesse fuit emptoris etiam securitati consulere obligando venditorem de evictione, ut emptori habere liceret rem emptam, *l. ex empto* 11. *§. et in primis* 2. *D. de act empt.* Esset enim contra bonam fidem emptorem rem amittere, et venditorem pretium retinere, *d. l. ex empto* 11. *§. ult. vers. neque enim D. eod.* imo etiam contra naturalem aequitatem, *l. nam hoc natura* 14. *ff. de cond. indeb l. jure naturae* 206. *ff. de R. J.* Quocirca non valet conventio, si actum sit inter emptorem et venditorem, ut venditor de evictione non teneatur *d. §. ult.* In hoc venditori proficit pactum, ut solum pretium restituere teneatur, non etiam id, quod interest, si ignoraverit rem suam non esse, et hoc tribuitur bonae fidei venditoris *d. §. in fin.* Caeterum ad pretium restituendum semper tenetur, etiam si aperte convenerit, ne teneatur. Ac miror plerosque interpretes contrarium defendere. Tam falsum id est quam solem non lucere. Id perspicue, demonstrant tum verba, tum ratio, quam affert Julianus. Verba sunt: *idem esse dicendum, si aperte in venditione comprehendatur, et nihil evictionis nomine praestitum iri.* Qui aperte cavet, se nihil evictionis nomine praestare velle, utique aperte cavet, se nolle pretium restituere. Quid enim re evicta praestandum est a venditore? pretium et utilitas: pretium principaliter, ac semper: utilitas nec principaliter, nec semper: plerumque enim recepto pretio nihil interest emptoris rem evictam fuisse. Verbum igitur *nihil* non potest non utrumque comprehendere: et si aliquid posset excludi, potius utilitas, quam pretium excludi deberet. Sed cum duo solum contineantur, absurdissimum est dicere, eum, qui nihil vult praestare, non excludere utrumque. Est hoc vim inferre verbo: imo pervertere omnino ejus significationem. Praeterquam quod, cum Julianus ait, aperte venditorem comprehendisse nihil evictionis nomine praestitum iri: manifeste comprehendit etiam eum casum, quo venditor dixerit expressim, se nolle teneri nec ad pretium, nec ad id quod interest emptoris ultra pretium: hic enim vere dicitur aperte utrumque comprehendere, *l. si scripsisset* 46. *in fin ff. de legat.* 2.

Id ipsum ratio confirmat evidenter. Ait Julianus: *Neque enim bonae fidei contractus hanc patitur* conventionem, ut emptor rem amitteret, et venditor pretium retineret.* Numquid minus laeditur emptor, ac lucratur venditor pretium non restituens, si expressim caverit de pretio non restituendo, quam si convenerit nihil praestitum iri? Numquid hoc magis contrarium bonae fidei contractus, et juri naturae, quae dictant neminem debere cum alterius jactura locupletari *d. l. jure naturae, et l. nam hoc natura.* Hui! quam sunt isthaec ri- 18

dicula! Amplius dico: magis impugnat bonam fidem contractus et jus naturae, qui expressim declarat, se nolle teneri ad restituendum pretium, quam qui id non exprimit: et consequenter illa conventio potius, quam haec inutilis esse debet: maxime quia nonnunquam voluntas expressa vitiat, licet non expressa non vitiet *l. nonnunquam* 52. *ff. de cond. et dem.* Confer *l. Senatus* 43. §. *penult. ff. de leg* 1. *cum l. fideicommissu* 11 §. *sic fideicommissum* 5. *et* §. *seq. ff. de leg.* 3. *et cum l Thais* 41. §. *sorore* 4. *ff. de fideic. libert.* sed ne ab emptione discedamus: si venditor dixerit nolle dominium rei venditae ad emptorem transferri, facit irritam emptionem *l. cum manu sata* 80 §. *ult. ff. de contr. empt.* cum tamen non teneatur venditor dominium transferre: et non minus valeat emptio, si non transferat, quam si transferat, *l. ex empto* 11. §. 2. *ff. de act. empt.* Atque haec auctarii loco: nam cum evidens sit, non minus opponi bonae fidei contractus pactum, in quo exprimitur, ne pretium restituatur, quam pactum, in quo id non exprimitur; evidens quoque est, ad impediendam restitutionem pretii neutrum valere posse, utrumque enim a jure communi aeque remotum est, cum idem omnino contineat, ac propterea valere non potest *l.* 7. §. *et generaliter* 16. *de pact.*

Ad alia procedamus. In societate si
19 actum sit, ut cum quis plus conferat, aequalem, aut minorem partem habeat, non valet, quod actum est; et praevalet natura societatis, quae partes aequas desiderat §. 1. *inst. tit. de societ. l. si non fuerint* 29. *ff. pro soc.* aequas scilicet proportione ejus, quod quisque contulit in societatem *l. in proposita* 78 *cum duab. seqq. ff. eod.* proportio enim geometrica servanda est inter socios, quae sit analoga rebus collatis in societatem: ut, qui plus confert, plus accipiat, ut ait Arist. 3. *Polit.* 6. Itaque si placuerit, ut unus tres partes habeat, alius unam, qui non minus contulit, placitum non valet *l. si non fuerint* 29. *in princ. et* §. 1. *ff. eod.* Item si conveniat, ne omnino diviso fiat, pactum non valet, *l. in hoc judicium* 14. §. *si conveniat ff. commun. divid. l. nulla* 70. *ff. pro soc.* quia haec est natura societatis, ut nemo invitus in communione possit retineri, *l. ult. C. comm. divid.* parere enim discordias solet materia communionis, *l. cum pater* 77. §. *dulcissimis* 20. *ff. de leg* 2. societas autem jus quodammodo fraternitatis in se habet, *l. verum* 63. *in princ. ff. pro soc.* Item si convenerit, ut alter ex sociis damnum tantummodo, nullam vero partem lucri ferat. Haec autem conventio non ipsa solum est irrita, sed vitiat ac tollit ipsam societatem, quia iniquissima est, *d. l. si non fuerint* §. *ult.*

In pignore. Si convenerit, ne pignus 20
distrahatur a creditore, conventio absolute non valet, et praevalet natura pignoris, quod datur ad securitatem creditoris §. *creditor* 4. *inst. quib. mod. re contr. oblig.* quam non consequeretur, si ei non liceret pignus vendere. Itaque de natura hujus contractus est, ut pignus distrahere possit creditor, si ei pecunia non solvatur, *l. si cessante* 7. *l. quae specialiter* 9. *l. si in hoc* 14. *de distr. pign. l. si convenit* 4. *ff. de pignor. act.* Pactum igitur de non distrahendo repugnat naturae pignoris: sed haec potior est: nam et non obstante potest creditor pignus vendere, *d. l. si convenit* 4. Requirit quidem Ulpianus praecedentem trinam denunciationem; sed haec eo tempore necessaria erat etiam pignore simpliciter contracto. Paul. *lib.* 2. *rec. sent. tit.* 5 §. 1. *Creditor si simpliciter sibi pignus depositum distrahere velit, ter ante denunciare debitori suo debet, ut pignus luat, ne a se distrahatur*, et *tit.* 13. §. 5. Pactum igitur de non distrahendo nihil adjicit contractui perinde ac si non fuisset adjectum.

21 In usufructu. *Si quis usumfructum loci leget ita, ne heres cogatur viam praestare, inutiliter hoc adjectum videtur. Item si usufructu legato iter ademptum sit; inutilis est ademtio, quia semper sequitur usumfructum*, *l.* 1. §. 1. *ff. si ususfr. pet.* semper sequitur etc. est ergo de natura ususfructus, quia licet sit quid extrinsecum, tamen sine eo uti frui non possumus. Si autem quis legaverit usumfructum deducto usu, non est inutilis adjectio, sed totum legatum, *l. per servum* 14. §. 1. *vers. denique ff. de usu et habit.* Quid ita? Quia hoc est contra substantiam ususfructus, qui est jus utendi, fruendi *l.* 1. *ff de usufr. princ. tit. inst. eod.* itaque detracto usu, non est amplius ususfructus, et collabente re legata, non potest legatum subsistere.

22 Jam ordo rerum propositarum postulat, ut videamus, quando corruat tota dispositio, aut in aliam convertatur, si quid contra ejus naturam actum fuerit. Primum exemplum et quidem omnino singulare occurrit in emptione et venditione. Venditor non tenetur transferre dominium rei venditae in emptorem, et non eo minus valet emptio non translato dominio, *l. ex empto* 11. §. 2. *ff. de act. empt. l. si ita* 25. §. 1. *ff. de contr. empt.* et tamen si actum fuerit, ne dominium ad emptorem transeat, nulla est venditio, et in locationem, vel aliud genus contractus transformatur, *l. cum manu sata* 80. §. *ult. ff. eod.* Ratio est, quia cum etiam res aliena vendi possit, *l. rem alienam* 28. *ff. eod.* et traditione rei alienae dominium non transferatur, *l. traditio* 20. *in princ. ff. de acquir. rer. domin. l. si noxale* 27. *in fin. vers. quia nullum D. de noxal. act.* §. *per traditionem* 40. *inst. de rer. divis.* quamobrem si rem alienam distrahat venditor, licet valeat venditio, tamen dominium non transfert. Sed si rem suam vendat, cujus utique dominus est, omnino dominium transfert, nec potest impedire, ne dominium transeat in emptorem, cum emptio et venditio sit titulus idoneus ad dominium transferendum, quo posito per traditionem jure naturali transfertur, *d.* §. *per traditionem* 40. *l. nunquam nuda* 31. *ff. de acquir. rer. dom.* Est igitur contra naturam emptionis id agere, ut dominium non transferatur.

Alterum in societate. Si convenerit 23
inter socios, ut de lucro participet, qui nihil contulit in societatem, nec pecuniam, nec operam, non valet *l. si non fuerint* 29. *in princ. et in* §. 1. *ff. pro soc.* nam donationis causa contracta societas nulla est *l.* 5. *in fine ff. cod. l. in causae* 16. §. 1. *ff. de minor.* Est hoc commune emptioni *l. si quis donationis* 38. *ff. de contr. empt.* et locationi *l. sicut emptio* 20. §. 1. *l. si quis conduxerit* 46 *ff. locat.* Sed in his mirum non est, irritum fieri Nam sine pretio nulla est emptio *l.* 2. §. 1. *ff. de contr. empt.* §. 1. *inst. tit. eod.* et pretium pertinet ad substantiam emptionis *l. pacta conventa* 72. *ff. eod.* Item locatio nulla est mercede non constituta *princ. tit. instit. de locat. et cond. l. si vir uxori* 52. *in princ. ff. de donat. inter vir. et uxor.* Haud aliter tamen societas quoque nulla contrahi potest donationis causa: nam donatio ex adverso opponitur societati. Societas negotiationis et lucri causa coitur: contra donatio damno semper adjuncta est. Qui donat, perdit *l. filiusfam.* 7. *in princ. ff. de donat.* Perdere autem, et lucri facere sunt omnino pugnantia; adeoque nec societas nec donatio valere potest *l. ubi pugnantia* 188. *ff. de R. J.* Enimvero Doctores cum glossa contractum jure donationis valere pro certo habent; ego tamen non sum incertus sententiae. Movet me Ulpianus, qui in *l. in causae* 16. §. *item relatum ff. de minor.* ait, quod si minor circumscriptus donationis causa societatem cojerit, cessant partes Praetoris, quia nulla est societas, quemadmodum nulla est inter majores, et minor satis ipso jure munitus est. Sed si valeret ju-

re donationis, non esset ipso jure munitus, nec cessarent partes Praetoris, qui deberet ipsi auxilio restitutionis opitulari *l.* 2. *C. si advers. donat.* Ulp. in *l. cum hic status* 32. §. *si inter* 24. *ff. de donat. int. vir. et uxor.* ait, quod societas donationis causa inter virum et uxorem contracta nulla est, nec Senatusconsulto per mortem donatoris confirmatur, ut reliquae donationes. Ibi: *nec post decretum Senatus emolumentum ea liberalitas, ut actio pro socio constituatur, habere poterit.* Ante Senatusc. factum et orationem habitam ab Antonino Augusto in Senatu, poterat heres eripere res donatas donatario: Prohibuit id Senatus, si donator in ea voluntate perseverasset usque ad extremum vitae spiritum *l. cum hic status* 32. *in princ. et in* §. *ait oratio ff. eod.* Et hoc est emolumentum, quod liberalitas conjugum consequi non potest. Non transformatur igitur societas in donationem. Nec obstant illa verba: *quae tamen in commune tenuerunt praestituto fine, revocanda non sunt:* ea enim nihil aliud significant, quam si uterque contulerit partes inaequales, et finis praestituatur: hoc est, praestituatur modus inter partes, ut redigatur ad aequalitatem cum lucro et damno: praestituto hujusmodi modo, non sunt revocanda, quae in commune tenuerunt. Finis saepe modum significat, quem excedere non debemus in definienda legitima ac debita quantitate: terminum, ultra quem progrediendum non est, ut in *l.* 1. §. *pacto ff. de pignor. l.* 4. §. 1. *ff. de naut. faenor. l. Firmio* 26. *in princ. ff. quando dies leg. ced.* Qui plura volet exempla, sunt apud Duarenum, qui *lib.* 1. *disp. cap.* 12. omnia fere collegit. Cic. *pro Quinctio. Certos mihi fines terminosque constituam, extra quos egredi non possis.* et 1. *de Offic. Finem et modum transeunt appetitus*: et *ad Q. Fratr. ep.* 1. *Eos, quos tibi comites et adjutores negotiorum publicorum dedit ipsa Resp. dumtaxat finibus his praestabis, quos ante praescripsi;* et pro *M. Marcello in princ. Tantum in summa potestate rerum omnium modum tacitus praeterire non possum.* Horat.

Est modus in rebus, sunt certi denique fines.

Quocirca praestituere finem societati, nihil aliud significat, quam praescribere, definire modum, intra quem contineatur societas, et extra quem non egrediatur, eamque redigere ad aequalitatem, quod arbitrio boni viri fieri solet, *l. si societatem* 6. *l. societatem* 76. *cum* 4. *seqq. ff. pro soc.* Igitur praestituto fine et con- 25
stitutis aequis partibus non sunt revocanda, quae in commune tenuerunt. Licet enim ab initio societas non valeret, tamen ad legitimum modum redacta, redintegratur novo consensu, perinde ac si ab initio legitime contracta fuisset; retrotrabitur enim confirmatio ad tempus celebratae donationis *l. donationes quae* 25. *C. de donat int. vir. et uxor.* Illud etiam me movet, quod si pactum haberet vim convertendi societatem in donationem, posset obtentu donationis sustineri etiam societas, in qua alter lucrum, alter damnum tantummodo sentit, quam iniquissimam dicit Ulpianus in *l. si non fuerint in fin. D. pro soc.* Quid enim probibet, quin ille, qui nullum lucrum ad se pertinere pactus est, voluerit suam partem lucri alteri socio dare? Multo magis defendi posset altera societas, de qua in *d. l si non fuerint* §. 1. in qua ad alterum tantum pertinet damnum, et pars lucri: ad alterum pars reliqua lucri sine ulla parte damni, etiamsi aequas partes contulisset: donationem enim posset obtendere, qui nullum damnum sentit; quasi donare voluerit socio id, quod damni passurus fuisset. Porro vix potest societas donationis causa contrahi sine fraude ac simulatione; utraque autem maxime adversatur societati, quae jus quodammodo fraternitatis in se habet, *l. verum* 63. *in princ. D. pro soc.*

26 At enim, inquies, emptio et locatio in donationem transformantur, ut paulo ante dicebamus ex *l. empti* 9. *C. de contr. empt. l. si quis conduxerit* 46. *D. locat.* Quidni igitur et societas? Causam ibi indicavimus; modo luculentius explicabimus. Socii id agunt, ut lucrentur: huc tendit societas, ejusque natura et institutum: donator contra id agit, ut perdat, *l. filiusfam.* 7. *D. de donat.* pugnant haec inter se, copulari non possunt, multo minus alterum in alterum transformari: nimio plus dissidet forma societatis a forma donationis, quam ut possit altera in alteram converti. Non ita res habet in venditione et locatione. Venditor id agit, ut re sua se privet, eamque in alium transferat pro certo pretio: locator ut se privet usu rei suae, eumque transferat in conductorem pro certa mercede. Haud aliter emptor et conductor id agunt, ut se privent pecunia, in qua consistit pretium, ac merces, quam se daturos convenerunt, ut rem emptam acquirerent, vel ejus usum. Si venditor aut locator pretium aut mercedem nolint accipere, volunt emptori et conductori donare, de emptione et locatione fit donatio, quia sine certo pretio certaque mercede venditio et locatio non contrahuntur, *l.* 1. *D. de contrah. empt. princ. tit. inst. de locat.* Non eo tamen minus et illi transferunt rem et usum in hos; et hi rem et usum consequuntur, ut volebant et intendebant. Amplius, aut venditor emptori ad solvendum parato remittit solvendi necessitatem, et ipsi pretium donat, et tunc subsistit emptio; sicut subsisteret societas, si in divisione unus ex sociis suam partem lucri alteri donaret: quia initium spectandum est, *l. si procuratorem* 8. *in princ. D. mand. l.* 2. §. *idem Pomponius* 15. *D. depos.* Aut venditor et locator dicis gratia aliquid pro pretio ac mercede accipiunt, ut in *l. si quis conduxerit* 46. *D loc.* tunc contractus est valde similis emptioni aut locationi, re enim non differt, nisi quod id quod, loco pretii aut mercedis datur, non aequat mercedem aut pretium, et ideo potius donatur, quam solvitur ad pensandam rem vel usum; et est quodammodo mutua donatio: locator donat usum rei, conductor nummum, *d. l. si quis* 46. Certe Verres hac excusatione se tuebatur. Cic. *lib.* 4. in Verr. *Attamen ut possit se dicere emisse, Artagatho imperat, ut aliquid illis, quorum argentum fuerat, nummorum dicis causa daret: invenit Artagathus paucos, qui vellent accipere; hic dedit: eos nummos tamen iste Artagatho non reddidit.* Videtis, quam proxime accedat ad emptionem iste contractus: si aliquanto plus daretur, idque non dicis causa, sed pretii, esset vera emptio: quia quod non ut pretium rei emptae, sed dicis causa datur, evadit in donationem. Pretium quantumvis exiguum non facit irritam venditionem. Argumento est, quod etiam si multo minus fuerit dimidio justi pretii, tamen rescindenda est venditio, ut ab ea recedi possit; et si emptor suppleat, quod deest justo pretio, rem retineat, nec infirmatur venditio, *l.* 2. *C. de rescid. vend.* Tunc autem solum transit in donationem, cum id, quod datur ex conventione, est adeo tenue, ut vicem pretii gerere non possit *d. l. si quis* 46. *ff. loc.* Verumtamen nihil hac de re certi statuo: solum haec doctoribus expendenda propono. Hoc tantum addo, novum 27
non esse, ut quod adjicitur contractui, vel alicui actui, vitiet contractum, vitiet actum, si adversetur fini et causae, ob quam actus ille fuit institutus. Do exemplum in ipsa societate. Matrimonium est quaedam societas individua inter marem et foeminam. *Nuptiae sunt conjunctio maris et foeminae, et consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio*: ait Modestinus in *l.* 1. *D. de ritu nupt.* Haec societas liberorum procreandorum causa fuit instituta *l. liberorum* 220. §. *ult. D. de V. S.* D. Augustin. *de bono conjug. cap.* 17. *Nu-*

ptiae eaedem sunt in omnibus gentibus procreandorum filiorum causa institutae. Videndus Ulpianus in *fragm. tit.* 3. §. 3. *et l. si vicinis* 9. *C. de Nupt.* Ac si quid contra hunc finem, contra hanc causam nuptiarum tabulis fuerit comprehensum, veluti: *contraho tecum, si generationem prolis evites:* nullum est matrimonium *c. ult. de cond. appos.* D. Augustin. *in can. aliquando* 32. *quaest.* 2. *Qui contrahunt eo animo ut vel filios non suscipiant, vel susceptos enecent, non habent connubium.* Ecce aliud exemplum petitum ab ultimis voluntatibus. Legatum honorandi legatarii causa relinquitur; est enim honos legatum, et ad honorandos amicos legatur. *l.* 3. §. *hoc autem D. de legat. praest.* Ibi: *cui honos habitus sit, l. sed etsi suscepit* 52. §. *sed etsi proponas. D. de judic. l. amicissimos* 36. *in princ.* Ibi: *honore legati D. de excus. tut. l. un.* §. *ne autem.* Ibi: *honorata persona C. de caduc. toll.* Idcirco non valet legatum denotandi legatarii causa cum opprobrio et contumelia relictum *l. turpia* 54. *D. de leg.* 1. *l. Divus Severus D. de adim. leg.* sicut etiam non valet heredis institutio *l. quoties* 9. §. *si quis nomen* 8. *D. de hered. inst.* Simile est aliud exemplum in legato poenae nomine relicto, quod ante Justinianum non valebat, adeo ut nec in testamento militis valeret, nec legatum libertatis, nec relictum Principi sustineretur *l.* 1. *D. de his quae poen. caus.* §. *ult. inst. tit. de legat.* non alia ratione, quam, quod legata relinquuntur ob meritum *l. nec adjecit* 9. *D. pro soc.*

28 Jam vero eo, unde digressi sumus, redeamus. De accidentibus nulla est controversia. Quaecumque spectant accidentia, recte adjiciuntur: pacta enim dant legem contractibus *l. contractus* 23. *D. de reg. ju.* et omnino sunt servanda *l.* 1. *in princ. D. de pact. l.* 1. *D. de const. pecun.* dum ne sint contra bonos mores, aut contra leges *l.* 7. §. *dolo cum mult. seqq. D. de pact. l. nemo* 35. *D. de leg.* 1.

Videndum modo superest, an propo 29
sita regula plerisque aliis sit praeferenda. Ecce certissima est regula, quod a proprietate verborum non est recedendum *l. non aliter D. de legat.* 3. de qua alias copiose diximus. Concurrunt aliquando hae duae regulae. Porro in *l. ex conducto* 16. §. *si uno* 4. *vers. sed etsi verbo D. locat* praevalet natura actus, et verbum donationis pro transactione accipimus. Praevalet etiam in *l. ubi ita donatur* 27. *D. de mort. caus. donat.* Caeterum si proprietati verborum adjungatur etiam, quod actus futurus sit inutilis, cedit natura actus, ut in *l. si tibi pecuniam* 20. *D. de reb. cred.*

Rursus praevalet haec regula inter- 30
pretandi verba secundum naturam actus alteri regulae, quod verba generalia generaliter sunt intelligenda, traditae in *l.* 1. §. *generaliter D. de legat. praest.* quam regulam supra luculenter exposuimus. Optimum exemplum in *l. damni infect.* 43. *in princ. D: de damn. infect.* In stipulatione damni infecti dictum erat: si quid ibi ruet. Sunt haec verba generalia. Nihilominus ait Alfenus, quod non videtur ibi ruere, si quid vento, aut omnino aliqua extrinseca causa caderet: sed quod ipsum per se concideret. Nimirum restringit generalem significationem verborum natura stipulationis de damno infecto: quia dominus rei ruinam minitantis non tenetur cavere, nisi de damno, quod acciderit vitio operis vel facti, vel faciendi. Aliud in *l. si cui simpliciter* 9. *D. de servit.* Ratio habetur in *l.* 4. *in princ. vers. quia non est verisimile D. de usur.*

Altera regula est, verba obscura con- 31
tra locatorem, venditorem, eumque qui obscure dixit, cum posset apertius dicere, interpretanda *l. veteribus D. de pact. l. Labeo D. de contr. empt.* Huic quoque praevalet haec, eaque potior est: constat id ex *l. in lege* 29. *D. locat.*

quam alias exposuimus: Multo magis praevalet alteri regulae, quod semper in obscuris id, quod minimum est, sequimur, *l. semper in obscuris D. de R. J.* Nam haec regula omnium postrema est, ut alibi probavimus, et eam late explanavimus.

Haec paulo diligentius enucleanda duximus: quia saepe concurrunt plures regulae, inter quas pugna est, et quam sequamur, ignoramus, quia nostri hac de re ne mutiunt quidem.

CAPUT XIII.

Ad L. 2. D de his, quae pro non script. hab. et l. si fuerit 10. *D. de reb. dub.*

SUMMARIUM.

I. Obscuritas vel circa personam, vel circa rem esse potest.
II. Si persona non demonstretur, inutilis est dispositio. Exempla.
III. Singularis appellatio plerumque ad plures personas extenditur.
IV. Non tamen in danda hereditate, vel legato.
V. Ne quidem favore libertatis.
VI. Valet institutio vel legatum, si manifeste appareat, de qua persona senserit testator.
VII. Nisi apertissime constet, de qua persona senserit testator, non valet dispositio, nec attenditur regula, quod in dubiis agendum, ut actus potius valeat quam pereat.
VIII. Dispositio incerta valet, quando certa sit ex legis interpretatione.
IX. Vel cum electio alicui tribuitur a lege, vel a disponente.
X. Duobus de legato contendentibus, is admittendus, qui probaverit de se sensisse testatorem.
XI. Ademptio uni ex duobus legatariis facta, si non appareat, cui facta sit, nemini facta censetur. Conciliatur L. 3. §. si duobus ff. de adim. leg. cum L. si fuerit 10. vers. sed etsi ff. de reb. dub. et num XII. XIII.
XII. Heredis nomen comprehendit omnes heredum gradus, et omnes heredes, si plures sint: et num. XIII.
XIV. Expenditur interpretatio *van Bynkersoek*; et num. XV.

1 *Quae in testamento scripta essent: neque intelligeretur, quid significarent, ea perinde sunt, ac si scripta non essent.* Obscuritas cujuslibet dispositionis, aut pendet a verbis, quae nullo idoneo sensu proferuntur: aut ab adjunctis, quae sensum mentis involvunt et implicant, aut a praetermissione eorum, quae necessaria sunt ad demonstrandam personam aut rem, quam designare debemus.

Quod ad personam, cui aliquid relin- 2
quitur, attinet: si ea non demonstratur, inutilis est dispositio. In *l. quoties* 9. §. *heres* 9. *D. de hered. inst. Heres institui, nisi ut certo demonstretur, nemo potest.* In *l. in tempus* 62. §. 1. *D. eod. Quoties non apparet, quis heres institutus sit, institutio non valet: quippe evenire potest, si testator complures amicos eodem nomine habeat, et ad designationem nominis singulari nomine utatur; nisi ex aliis apertissimis probationibus fuerit revelatum, pro qua persona testator senserit.* Observa, quod 3
licet sermo singularis aliquando etiam plures comprehendat, ut in edicto Praetoris in *l.* 1. §. *quamquam D. de assign. libert. l.* 1. §. *item hoc D. quod falso tut.* in L. XII tab. §. *si plures inst. tit. de legit. agnat. succes.* in testamentis etiam singulari heredis nomine omnes continentur, *l. si ita relictum* 43. *in princ. et l. seq. in princ. ff. de leg.* 2. *l. si plures* 98 *D. de leg.* 3. quocirca Cascellius ajebat in *usu juris fre-* 4
quenter uti nos singulari appellatione, cum plura generis ejusdem significare vellemus, l. in usu 158. *D. de V. S.* tamen cum agitur de danda hereditate vel legato, singularis appellatio ad plures personas non extenditur, *l. qui plures* 18. *D. de usufr. leg. l. si fuerit* 10. *in princ. vers. sed etsi D. de reb. dub. l.* 3. §. *si duobus vers. quemadmodum D. de adim. leg.* Idem, et in dandotutore, *l. duo sunt Titii* 30. *D. de test.*
tut. Hoc amplius ne favore quidem li- 5
bertatis ad plures extenditur, *d. l. si fuerit* 10. *et l. si quis de pluribus* 27. *D. de reb. dub.* Eo fit, ut si quis solvendo non est, cui lege AElia Sentia permittebatur unum ex suis servis liberum et heredem facere §. 1. *inst. tit. quib.*

ex caus. man non lic. duos servos simul heredes instituerit, hoc modo: *duos Appollonios liberos heredesque esse jubeo*, neuter sit heres ac liber, *l. qui solvendo* 42. *D. de hered. instit.* Uterque enim liber esse non potest propter legem AEliam Sentiam. Si duos instituisset separatim, is, qui primo loco scriptus esset, et liber et heres esset, *l. qui solvendo* 60. *D. de hered. instit.* Cum duos simul scripserit, non potest constare, uter eorum liber esse debeat, nisi alter ex illis ante apertas tabulas moriatur: et ideo sibi invicem obstant, *d. l. qui solvendo* 42. *cum l. seq.* Harum legum auctoritate olim defendi, valere donationem omnium bonorum praesentium et futurorum. Quamvis enim non repugnarem communi opinioni, donationem omnium bonorum inutilem esse; tamen dicebam, valere hanc donationem in bonis praesentibus, quae primo loco nominata sunt separatim a futuris: nihil enim impedit valere donationem bonorum praesentium, cum donator de futuris testari queat. Maxime vero quia tot sunt stipulationes, quot res in stipulationem deductae, *l. scire debemus* 29. *in princ. D. de V. O.* §. *quoties* 17. *inst. de inutil. stipul.* Sed haec obiter et quasi per transennam.

6 Illud praeterea notandum, quod quamvis sustineatur institutio et legatum, si constet de quo senserit testator, ut in superioribus legibus; tamen id revelari debet apertissimis probationibus; hac *l. in tempus* 62. §. 1. Ibi: *nisi apertissimis probationibus fuerit revelatum, pro qua persona testator senserit.*

7 Illud majori consideratione dignum, quod licet certissima sit in jure nostro regula: semper in dubiis id agendum, ut tutissimo loco res sit: ut potius valeat actus quam pereat *l. quoties* 12. *l. ubi est* 21. *ff. de reb. dub. l. si quando* 109. *ff. de leg.* 1. Tamen in hac specie verba aliorsum interpretamur: inutilem dicimus esse institutionem, legatum, tutoris dationem, nisi apertissime constet, de qua persona testator senserit: nec ea lex interpretatur ad hanc regulam. Et hoc generale est tam in institutionibus quam in legatis, et datione tutoris, ut paulo ante dixi. Imo et in ipso libertatis legato *l. si fuerit* 10. *vers. item si ex pluribus et l. si quis de pluribus* 27. *ff. de reb. dub.* Unde intelligere debemus, hoc idem in causa pia esse servandum. Quamvis enim valeat institutio pauperum vel captivorum *c.* 1. *de testam. in* 6.to *l. si quis ad declinandum* 49. *C. de Episc. et cleric.* tamen aut quis instituit unum ex pauperibus, persona non demonstrata, et tunc non valet institutio, cum non constet de persona heredis; aut instituit certam hominum collectionem et universum genus, ut in *d. l. si quis ad declinandum per tot.* et tunc valet institutio: quia si ipse testator non elegerit, fit certum legis interpretatione, ut ex laudata lege apparet: et si reliqua omnia defecerint, electio ab ipsa lege tribuitur Episcopo *l. id quod pauperibus* 4. *et l. nulli* 28. *C. eod.* Eadem ratione, qua et collegio licito ac permisso legare licet, vel civibus suis *l.* 2. *et l. cum senatus* 20. *ff. de reb. dub. l. penult.* §. *civibus meis* 8. *ff. de leg.* 2. item cognationi, vel cognatis *l. si cognatis* 19. *ff. eod.* Videndae *ll. si quid relictum* 116. *et civitatibus* 122. *ff. de legat.* 1.

Plane postulat hic locus ut opportune admoneamus, quod incerta dispositio valet, quotiescumque aut legis interpretatione certa fit, aut per electionem alicui, vel a lege, vel a testatore concessam. Legis interpretatione certa fit, quoties agitur de morte personae, quae fuerit incerta, uter prior decesserit, aut postremus. Si duo simul perierint, nec appareat quis prior, quisve posterior decesserit, lex secundum aetatem, sexum, aliasve ejusmodi qualitates decernere solet et interpretari, quis prius, posteriusve decesserit. Varia occurrunt exempla in titulo *ff. de reb. dub.* Qui duos filios impuberes habebat, ei, qui supre- 8

mus moreretur, Titium substituit: ambo simul in navi perierunt. Quoniam uterque impubes erat, utrumque simul mortuum fuisse lex admittit, et utrumque postremum primumque obiisse. Eo fit, ut neutri Titius substitutus esse videatur. Tamen quia utriusque hereditatem habiturus esset Titius, etiamsi ordine alter prior, alter posterior vita decessissent, et incertitudo non ab ipso testatore, sed ab insolito mortis casu provenit, idcirco Tryphoninus utrique Titium succedere ex substitutione respondit in *l. qui duos* 9. §. *in princ. ff. de reb. dub.* Idem vero in §. 1. subdit, quod si pater et filius simul in bello periissent, Divum Adrianum credidisse patrem prius mortuum. Contra si libertus cum filio simul perierint, propter reverentiam patronatus, filium ait prius periisse. Ibi: in §. 2. Mulierem autem ante maritum mortuam credidit. Ibi in §. 3. et in §. *ult.* scribit filium puberem post patrem: impuberem ante patrem credi obiisse. Haec autem omnia, nisi contrarium probetur. Sed hac de re videndae *l. si inter* 8. *l. quod de pariter.* 16. *cum duabus seqq. l. cum pubere* 22. *et seqq. ff. de reb. rub.*

9 Electio quoque alicui vel a testatore, vel a lege commissa, efficit certam dispositionem, quae alioquin esset incerta. Quod ad personas attinet, lex quidem nemini dat electionem, eamque solus habet testator, et potest in alium transferre. Quocirca si testator pluribus heredibus institutis, unum rogaverit, ut, cum moreretur, partem suam uni ex coheredibus, cui vellet, restitueret: utile est fideicommissum, quia heredi dedit electionem personae, cui vellet restituere, non vero dedit ei arbitrium, an omnino velit restituere, quod ei inutiliter dedisset, *l. utrum ita* 7. §. 1. *ff. de reb dub.* similis text. in *l. fideicommissaria* 46. §. *ult. D. de fideicom. libert.* Quoad res autem, tam testator, quam lex tribuit facultatem eligendi. Testator, ut apparet ex toto *tit. D. de opt. vel elect. leg.* si testator nihil dixerit, lex ipsa tribuit vel electionem heredi, vel legatario. Valet enim legatum generis, veluti si legetur homo, equus, bos, scyphus *l. cum incertus* 13. *l. legato generaliter* 37. *D. de legat.* 1. §. *si generaliter* 22. *instit. tit. de legat.* Atque ut valere possit et effectum habere lex olim dabat jus eligendi pro qualitate legatorum, modo heredi, ut in *l. si quis a filio* 32. §. 1. *l. si domus* 72. *in princ. l. hujusmodi* 84. §. *si cui homo* 3. *D. de legat.* 1. *l. cum certum* 4. *D. de trit. vin. et ol. leg.* modo legatario *l. qui duos* 20. *l. si servus* 108. §. *cum homo D. de leg.* 1. *l.* 2. §. 1. *D. de option. vel elect. leg. l. qui hominem* 11. *cum seq D. de adim. leg.* Hodie vero videtur esse legatarii in quocumque legato § *si generaliter* 22. *instit. tit. de legat.* quoniam Justinianus omnia legata exaequavit et legatariis tribuit tres actiones §. *sed olim* 2. *inst. eod.* et cum in potestate legatarii sit, qua actione uti velit, consequens est, ejus quoque esse rei legatae electionem *d. l. si servus* 108. §. *cum homo.* Utcumque sit, electio certam reddit dispositionem, quia testator illud vult legare, quod eligetur, ideoque valet dispositio *l. qui ex pluribus* 106. *D. de V. O.* Atque eo certius est legatum, quod electio certis terminis a lege circumscribitur, cum nec optimum, nec pessimum sit eligendum *l. legato generaliter* 37. *D. de leg.* 1.

Ad personas revertamur. Sciendum 10
est, quod si duo ejusdem nominis contendant, et uterque paratus sit probare, de se sensisse testatorem, qui hoc probaverit, admittetur ad legatum *l. falsa* 33. § 1. *D. de cond. et dem.* Ac si heres paratus sit solvere, quia ambo parati sunt cavere, se defensuros heredem, si minus recte solverit: potest heres eligere, cui velit solvere: isque cavere debet se defensurum heredem adversus alterum *l. si quis servum* 8. §. *si inter D. de leg.* 2. Quod si solvere

nolit, ipse utrique debet satisdare, se soluturum ei, qui probaverit, *l. si duo* 16. *D. ut leg. nom. cav.*

11 Modo progrediamur ad ademptionem. De ademptione legati inter doctos est magna dissensio. Ex duobus Ulpiani responsis, quae hac in re videntur omnino contraria, extitit controversia. Alterum est in *l* 3. §. *si duobus* 7. *de adim. leg. Si duobus Titiis separatim legaverit, et uni ademerit, nec apparet, cui ademptum sit: utrique legatum debetur: quemadmodum et in dando si non appareat, cui legatum sit, dicemus neutri legatum.* Recte ac juris rationi convenientissime. Alterum est in *l. si fuerit* 10. *in princ. vers. Sed etsi ff. de reb. dub. Sed etsi duobus hominibus ejusdem nominis fuerit legatum: puta Semproniis; mox Sempronio ademptum sit etc. et verius est ademptionem in utrumque valere.* Quid hoc rei est? An sibi ipse contradicit Ulpianus? Temerarium id arbitrari. Haud improbabile puto, quod a quibusdam observatur, in primo responso agere Ulpianum de duobus, quibus separatim legatum erat: ibi: *si duobus Titiis separatim legaverit:* in secundo agere de legato facto conjunctim: ibi: *puta Semproniis.* Haec verba indicant conjunctionem, nisi addita fuerit adjectio illa *separatim*, quam non frustra adjicit Ulpianus in primo responso, et caute omittit in secundo. Qui legat hoc modo: *Semproniis fundum do, lego,* utique Sempronios conjungit, legat conjunctim: nec ulla major conjunctio potest excogitari, quamobrem duo Sempronii pro uno habentur, *l. si heredi* 5. *D. de condit. instit.* Optime ad rem nostram Imperator in *l. unic.* §. *his ita definitis* 10. *versic. hoc ita tam varie C. de caduc. toll.* ubi profert, cur aliud in conjunctis, aliud in disjunctis statuerit: *hoc tam varie, quia conjuncti quidem propter unitatem sermonis, quasi in unum corpus reducti sunt.* Hoc etiam tradit idem Ulpianus, auctor legum, quas explicamus; in *l. plane* 34. *in princ. ff. de legat.* 1. Ibi: *at si conjuncti disjunctive connexi sint: connexi unius personae potestate funguntur.* His efficitur, eum, qui conjunctim duobus Semproniis legavit, et postea Sempronio legatum adimit, utrique Sempronio legatum adimere: quia uterque simul unius Sempronii potestate fungitur, pro unico habetur, unum corpus constituit. Certissimo argumento est, quod tradit Paulus in *l. si plures* 98. *ff. de legat.* 3. *Si plures gradus sint heredum, et scriptum sit: heres meus dato: ad omnes gradus hic sermo pertinet, sicuti haec verba: quisquis mihi heres erit: itaque si quis velit non omnes heredes legatorum praestatione onerare, sed aliquos ex his: nominatim damare debet.* Idem Pomponius in *l. si ita relictum* 43. *in princ. et in l. seq. in princ. ff. de leg.* 2. *si ita relictum fuerit: quantum heres meus habebit, tantum Tithaso dari volo: pro eo est, quasi in eo sit scriptum: quantum omnes heredes habebunt.* Videbatur potius dicendum, quod Tithasus habere deberet, quantum unus ex heredibus, cui minima pars hereditatis relicta fuit, juxta regulam traditam in *l. semper in obscuris* 9. *ff. de R. J. Semper in obscuris id, quod minimum est, sequimur, l. cum servus* 39. §. *Sejo ff. de leg.* 1. *l. nummis* 75. *ff. de leg.* 3. Sed hic sermo non est obscurus, quia singulare nomen heredis omnes complectitur: tunc autem locus esset interpretationi, si testator dixisset. *quantum unus heres habebit.* Tunc autem Tithaso dandum esset, quantum habet ille heres, cui minimum relictum fuit, *l. qui concubinam* 29. §. 1. *ff. de leg.* 3. In *l. si pluribus* 44. *ff. de leg.* 2. *Si pluribus heredibus institutis ita scriptum sit: heres meus damnas esto dare aureos quinque · non quilibet heres, sed omnes videbuntur damnati, ut una quinque dent.* Quid ita? Quia nomen heredis non hunc, aut illum heredem designat, sed complexum omnium heredum,

qui pro singulari persona habentur. Succedunt enim in universum jus defuncti, *l. heres in omne* 37. *ff. de acquir. vel omit. hered.* quamobrem *ejusdem potestatis jurisque esse cujus defunctus fuit, constat l. heredem* 59. *ff. de R. J.* eumque representare, et in ejus locum substitui: atque ideo etsi plures sint, omnis tamen numerus eorum pro singulari persona est habendus, *l. cui fundus* 56. *in fine ff. de cond et dem.* Etenim universitas hereditatis omnes una complexione devincit. Simillimum est hoc exemplum ademptioni, de qua modo
13 tractamus. Nam quod legatur, adimitur heredi, cui datum erat in ejus institutione, siquidem legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit, *l. legatum* 116. *in princ. ff. de leg.* 1. Conjuncti unius personae potestate funguntur *l. plane* 34. *in princ. ff. eod* sicut heredes, ut modo probavimus. Quod heredi adimitur, omnibus ademptum censetur et modo laudatis legibus: ergo et legatum, quod conjuncto adimitur, omnibus ademptum esse censetur, ut vere et indubitanter respondit Ulpianus in nostra *l. si fuerit* 10. *ff. de reb. dub.*

14 Cl. Cornelius van Bynkershoek, qui singularem juris scientiam excellenti doctrina et exquisita eruditione cumulavit, una dumtaxat interpunctione sustulit omnem difficultatem. Sic enim interpungit: *ademptionem autem in utrumque, valere.* Enimvero reprehendi non potest: nihil conjungit; nihil mutat: et ad verum sensum traducit; nihil enim verius, quam valere ademptionem factam in utrumque. Nihil igitur oppono: cum in Pandectis Florentinis aliisque, a quibus fortasse caeteri Codices transcripti fuere, nulla usquam est interpunctio, nulla verborum intercapedo, quocirca doctores pro arbitrio suaque intelligentia verba distinxerunt, et interpunctiones addiderunt: ne hoc ab ipsis amanuensibus ac librariis factum esse dicamus. Admiror igitur Cl. Auctoris acumen ingenii, quo prae caeteris valet. Verumtamen quominus cum eo sentiam, illud in causa est, quod secundum hanc interpretationem Ulpianus solveret quaestionem, quae nulla est: et de re indubitata responderet. Etenim quae res est, quae cujusquam animum dubium facere possit: valere ademptionem, quoties testator, qui duobus legavit, utrique legatum adimit? Quaestio in ea lege proponitur ab Ulpiano: an qui duobus Semproniis legavit, si postea Sempronio adimat, valeat ademptio. Si utrique Sempronio adimat, valere ademptionem, nec propositae quaestionis est, nec ullam habet dubitationem. Dempta est illa lex ex libro sexto disputationum Ulpiani. Num Ulpianus adeo insulsus erat ac bardus, ut hoc in disceptationem vocaret? Hoc amplius: aut voluit decidere, ademptionem in utrumque factam valere: et hoc non quaerebatur: aut quod ademptio non valet, nisi in utrumque facta fuerit: et inepte separasset causam ademptionis à causa legatorum; brevis enim et clarius omnes quaestiones solvere debuisset: *et verius est in his omnibus etiam legata, et ademptiones et libertates impediri.* Quorsum separavit ademptionem a legatis? Quorsum contrarium in ea respondit, si idem jus erat, quod in aliis omnibus? An non inepte disputasset: an, si quis cognatis suis, qui in capitolium ascenderint, legatum reliquisset: impediatur legatum, si duo semel ascenderint: vel si legatum Semproniis suis amicis reliquerit, et duo sint Sempronii aequa charitate conjuncti: utriquene an neutri legatum debeatur? Quis enim tam ineptus, qui haec disputanda proponat? Idem omnino et de ademptione dicendum. Ac si intelligenda est, et supplenda vocula *dumtaxat*, cur non iisdem verbis omnes propositas quaestiones solvit. *Verius est in his omnibus etiam legata, et libertates, et ademptionem in utrumque valere?* Non minus enim verum est, legata, et libertates dumtaxat

valere, si in utrumque collatae fuerint, quam ademptionem. Nescio etiam, an aliquis latinae linguae assertor nimis fortasse superstitiosus dubitaturus sit, an recte dicatur: *ademptio in utrumque*: adimitur enim legatum utrique, non in utrumque. Certe illud rectissime dicitur: *ademptionem valere in utrumque.* Cic. pro Caecin. *Illud verbum unde, in utranque rem valet,* et *epist. lib. 4. epist.* 10. ad Marcellum: *in omnes partes valere.* Quinctil. inst. lib. 2. c. 17: *Quare etiamsi in utramque partem valent arma facundiae, non tamen est aequum, id haberi malum, quo bene uti licet.*

45 Nec illud admittere possum, quod ait V. Cl. in l. 3. adjectam vocem, *separatim*, non quia hoc quicquam conferret ad solvendam questionem, sed quia ut plurimum ita fieri solet. Passim enim in jure nostro tam conjunctim, quam separatim legata relicta proponuntur: fortas saepius illa occurrunt: eorum enim formula expeditior est, et facilius in mentem testatoris venit; qui plerumque ignorat, quae sit utriusque legati differentia. Illud minus vere dici arbitror: in hoc juris articulo nullum esse discrimen inter conjunctos, atque disjunctos: contrarium enim supra demonstravi: nec solum in hoc, sed in aliis etiam juris articulis magnum esse discrimen constat *et. l. un. § ubi autem cum sequ. C. de caduc. tollen.* in *l. si duobus* 16. *in princ.* in *l. plane* 34. *in princ. ff. de leg.* 1. in *l. si pluribus* 33. *ff. eod.* in *l. re conjuncti* 89. *ff. de leg.* 3. in *l. triplici* 142. *ff. de V. S.* in *l.* 1. *et l. penult ff. de usufr. accresc. et alibi.*

CAPUT XIV.

Ad L. si domus 71. in princ. ff. de leg. 1.

SUMMARIUM.

I. Legatum rei incertae de certis valet, rei omnino incertae non valet.
II. Exponitur L. ubi autem 75. §. 1. ff. de verb. obl.
III. Exponitur l. omnia, 32. §. species ff. de leg. 2.
IV. Exponitur L. legato, 37. §. 1. ff. de leg. 1
V. Incerta et inutilis est stipulatio, si non appareat quam utilitatem stipulanti sit allatura.
VI. Incerta est institutio, in qua testator non adjecerit conditionem, quam destinaverat. item si conditio a testamentario addita, detracta, vel mutata fuerit.
VII. Item si non appareat, ex qua parte heres fuerit institutus.
VIII. Explicatur L. si quis ita 36. ff. de hered. instit. et n. IX.
X. Incertum est legatum, non existente, cui datum intelligi possit.
XI. Incerta est stipulatio, die per errorem omisso.
XII. Dies adjectus institutioni vel legato, intra quem fieri non possit id, de quo convenit, detrahitur, stipulationem vero vitiat.
XIII. Die ad opus perficiendum praefinito, si non perficiatur, tenetur conductor in id, quod interest.

Sequitur obscuritas, quae reddit omnino incertam rem, quae deducitur in obligationem. Haec etiam obscuritas impedit, ne ulla nascatur obligatio, siquidem ejusmodi sit, ut neque ex certis conjecturis, neque ex ipsius rei natura, neve ex alia causa causa certa fiat. Sed haec omnia singillatim, et distincte sunt explicanda. 1

Finge testatorem alicui genus legasse, scilicet ejusmodi genus, quod ita appellant dialectici: nam genus, ut intelligunt nostri, legari potest: ut homo, equus, et reliqua, quae dialectici species appellant: si legaverit genus ex sententia dialecticorum, ut substantiam, animal, aut quid simile, non valet legatum, quia magis derisorium est, quam utile legatum: nam heres dando lapidem, aut muscam, liberaretur. Sed hoc difficile evenire potest. Exempla, quae proponunt veteres Jurisconsulti, sunt domus, et fundi, de quibus ita jus est. Si testator legaverit domum, aut fun-

dum, nulla domo, aut fundo demonstrato: siquidem nullam domum, nullumve fundum in bonis habeat, derisorium magis est, quam utile legatum, *l. si domus* 71. *in princ. ff. de leg.* 1. *l. cum post divortium* 69. *gener. vers. nec. videri ff. de jure dot.* Idque etiam traditum est de stipulatione in *l. ita stipulatus* 115. *vers. vel fundum ff. de V. O.* Quod si testator habeat aliquas domos, aut fundos, unus ex his legatus videbitur, et legatarii erit electio, ut diximus in superiore §. *si generaliter* 22. *inst. tit. de legat. juncta l. si domus* 71. Ratio, cur tam varie fuerit constitutum, ea est: quia res incerta de certis legari potest *l. si quis a filio* 32. §. *si quis plures ff. de leg.* 1. atque ideo, cum praesumatur testatorem de rebus propriis testari, non de alienis *l. unum ex familia* 67. § *si rem* 8. *ff. de legat.* 2. legatus est fundus aut domus incerta de certis, videlicet de his, quae sunt in bonis testatoris: ac propterea valet legatum. Quoties autem testator nullas domos, fundosve habet, non legatur res incerta de certis, sed omnino incerta, adeo ut nullam fortasse utilitatem sit allatura legatario. Etenim fundi, et domus nostra destinatione non natura constituuntur, *l. quod in rerum* 24. §. *pen. D. de leg.* 1. *l. si quis duas* 6. §. *si quis partem D. commun. praed. l. locus* 60. *D. de V. S.* Ibi: *et modicus locus possit fundus dici;* et rursus: *quaelibet portio fundi poterit fundus dici.* Ex his apparet, cur valeat legatum hominis in genere *l. legato generaliter* 37. *ff. de leg.* 1. §. *si generaliter inst. eod.* Homo natura constituitur, et certis terminis ab eadem natura circumscriptus est ac definitus, non destinatione, atque affectione nostra, quemadmodum domus, ac fundi *d. l. locus* cum aliis modo laudatus.

2 Antequam ultra progrediamur, explicandae sunt nonnullae leges, quae cum his pugnare videntur. In *l. ubi autem* 75. §. 1. *D. de V. O. Ergo si quis fundum sine propria appellatione, vel hominem generaliter sine proprio nomine, aut vinum, frumentumve sine qualitate dari sibi stipulatur: incertum deducit in obligationem.* Non est ambigendum in tota illa lege tractari de stipulationibus validis, ex quibus tamen non datur certi condictio, cum certum quid in obligationem deductum non fuerit, sed incertum: ex qua nascitur actio ex stipulatu, non certi condictio *princ. tit. instit. de V. O. l. si stipulatus* 4. *in princ. D. de usur.* Certum autem in hac causa dicitur, ubi apparet, quid, quale, quantumque sit in stipulatione: sin minus, incertum est *d. l. ubi autem in princ.* Ergo ibi non agitur de stipulationibus omnino incertis et obscuris, quae sunt inutiles: sed de stipulationibus utilibus, ex quibus nascitur incerti condictio ex stipulatu, ut apparet ex stipulationibus in ea lege propositis. Et tamen inter has stipulationes recenset stipulationem fundi sine propria appellatione, non fundum in genere: valet igitur haec stipulatio. Verissimum id profecto est. Etenim ibi stipulatus est fundum sine propria appellatione, non fundum in genere. Notandum est, quod Ulpianus ibi distinxit, ac separavit stipulationem fundi a stipulatione hominis: non dixit stipulatum fuisse fundum generaliter, sicut hominem: sed fundum *sine propria appellatione:* hominem autem *generaliter.* Si fundum quoque generaliter fuisset stipulatus, inutilis esset stipulatio *l. ita stipulatus* 115. *vers. vel fundum D. de V. O.* quae intelligenda est de fundo generaliter promisso, ut constat ex comparatione aliarum stipulationum ibi propositarum. Cum fundum sine propria appellatione stipulatur, promissor eligere debet unum ex his fundis, quos habet; caeteri enim, qui sunt alieni, stipulatione non continentur, nec solvi possunt, etiamsi electio ei data fuisset *l.* 2. §. 1. *et* 2. *ff. de opt. leg.* Quin imo et si stipulator de certo fundo sensisset, puta de fundo

Corneliano, tamen si non apparet, promissor eligere debet, quem dare velit *l. legato generaliter* 37. §. 1. *ff. de leg.* 1. debitoris enim est electio *l. cum qui certarum* 138. §. 1. *ff. de V. O.* Quod si de certis fundis inter contrahentes actum fuerit, licet nomen et appellatio fundi fuerit omissa, pariter unum ex illis, quem voluerit debitor, praestare debebit argum. *l. triticum* 94. *ff. de V. O. l. qui ex pluribus* 106. *ff. l. eod. l. cum servus* 39. §. *Sejo ff. eod. l. apud Julianum* 40. §. *Sejo ff. de leg.* 1.

3 In *l. omnia* 32. *alias l. cum ita* §. *species ff. de leg.* 2. *Species nominatim relictae si non reperiantur, nec dolo heredis deesse probentur, peti ex eodem testamento non possunt.* Haec etiam lex loquitur de testatore, qui species suas legavit, quarum legatum est inutile, si non reperiantur in hereditate. Licet enim etiam res, quae non sunt, legari possint, dummodo futurae sperentur *l.* 1. *in fine ff. de cond. et dem. l. quod in rerum* 24. *ff. de legat.* 1. §. *ea quoque* 7. *inst. tit. eod.* tamen quando demonstratur aliqua species, quae non est, nec futura est, inutile est legatum, inutilis stipulatio *l. si ita legatum* 65. *in princip. ff. de leg.* 1. *l.* 1. §. *si id quod* 9. *ff. de oblig. et act. l. si ita stipulatus* 97. *ff. de V. O.* Imo et si res legata non reperiatur in hereditate, legatum est inutile, quia de re sua testator disponere censetur, non de aliena ut in exemplo, quod proponitur in *d. l. si ita legatum* 65. quin etiam idem obtinet in pecunia numerata certo loco circumscripta, quia tamquam corpus ac species consideratur. Quamvis enim legata pecunia solvi debeat ab herede, licet in bonis legantis non fuerit. *L. si pecunia* 12. *ff. de leg.* 2. tamen si quis leget centum, quae in arca habet: si nulla sint: nihil deberi constat, *l.* 1. §. *sed etsi vers. nam etsi ff. de dot praeleg.* Sed de his uberius infra. Modo moneamus oportet, cavendum, ne cui imponat glossa, quae fingit testatorem legasse equum suum brunum, qui non invenitur in hereditate: nam licet non inveniatur equus brunus, dummodo aliquis equus inveniatur, etiamsi sit rufus, spadix, glaucus, albus, legatum valebit, *l. demonstratio* 17. §. 1. *ff. de cond. et dem.* §. *huic proxima inst. tit. de legat.*

In *l. legato* 37. §. 1. *ff. de leg.* 1. 4
similiter intelligendum est, testatorem habuisse aliquos fundos, et lances: si enim nullum fundum haberet, inutile esset legatum, ut supra demonstratum est. Et quoniam Ulpianus ibi jungit legato fundi legatum lancis; idem jus esse puto in legato lancis, scyphi, tabulae, et hujus generis: videlicet legatum non valere si nullas lances, scyphos, tabulas testator reliquerit: quia nimis vagum est, et late patens, incertum, indefinitum. L. Crassus Orator duos scyphos Mentoris manu caelatos emit sestertiis centum, ut refert Plin. *lib.* 33. *cap.* 11. hoc est, Philippeis aut nostris Scutis 2500. Martialis autem *lib.* 9. *ep.* 62.

Asse duos calices emit, et ipse tulit.

quae ratio est unius assis ad centum millia assium. Idem de tabulis dicendum, quarum aliae vilissimae sunt, et prope nullius pretii, aliae immenso pretio comparantur. Videndus de his Plinius *lib.* 35. *cap.* 10. *et seq.* Itaque magis distat laux a lance, tabula a tabula, quam fundus a fundo, domus a domo.

Expositis hisce legibus ad rem redea- 5
mus. Incerta est stipulatio, quae proponitur a Marcello in *l. qui insulam* 95. *ff. de V. O. Qui insulam fieri stipulatur, ita demum acquirit obligationem, si apparet, quo in loco fieri insulam voluerit, si et ibi insulam fieri interest ejus.* Idem tradit Ulpianus in *l.* 2. *vel* 3. quae Scaevolae est, §. *si quis insulam ff. de eo quod certo loc.* Incerta autem est stipulatio, quia nonnisi certo in loco insula potest aedificari, et promissor posset eam aedificare, ubi nullam stipulanti af-

ferret utilitatem: inventae autem sunt hujusmodi stipulationes, vel obligationes ad hoc, ut unusquisque acquirat sibi, quod sua interest §. *alteri* 19. *instit. tit. de inut. stip.* quae verba sumpsit Imperator ab Ulpiano in *l. stipulatio ista* 38. §. *alteri D. de V. O.* Idcirco in nostra lege Marcellus non solum requirit, ut appareat locus, sed etiam ut intersit stipulatoris, eo loco insulam aedificari.

6 Incerta quoque atque ideo inutilis est institutio; in qua testator adjicere destinaverat conditionem, quam memoria lapsus, vel aliquo errore non adjecit *l. quoties* 9. §. *tantumdem D. de hered. inst.* Eo magis si testamentarius addidit, vel detraxit, vel mutavit conditionem §. *idem tractat ead. l.* Nam omissio, et additio conditionis mutant naturam institutionis, et alia est institutio pura, alia institutio conditionalis. Illud singulare est quod si ipse testator addit conditionem, quam nolebat, detracta conditione, valet institutio: plus enim scripsit, quam voluit: videtur ei incogitanti excidisse conditio: ergo sicut detrahitur, et pro non scripta habetur conditio impossibilis §. *impossibilis* 10. *instit. de hered. instit. l.* 1. *ff. de condit. inst.* ita eadem ratione haec etiam detrahitur *eod.* §. *tantumdem*: quia in testamentis plenius voluntates testantium interpretamur *l. in testamentis* 12. *ff. de R. J.*

7 Non absimile est, quod tradit Paulus in *l. Clemens* 81. §. 1. *ff. de her. inst.* inanem esse institutionem, si scripserit testator *qua ex parte me a Titio heredem institutum recitassem, ex ea parte Sempronius heres esto*, si postea nullum recitaverit testamentum. Non enim apparet, ex qua parte Sempronius sit institutus. Quamobrem nulla ex parte institutus est, ideoque heres esse non potest, *l. item quod Sabinus* 17. §. *sed si asse ff. de hered. inst.* Ibi: *si ita scripsisset expleto asse: ex reliqua parte heres esto: quoniam cum nihil reliquum est, ex nulla parte heres institutus est.* Ex nulla etiam parte heres institutus est, si testator scripserit: *ex qua parte me Titius heredem scripsit, Sejus heres esto: vel hoc modo: ex his partibus, quas adscripsi*, si neque Titius scripsit heredem testatorem; neque testator ullas partes adscripsit *l.* 2. *ff. de hered. inst. et l. hoc articulo* 29. *ff. eod.*

Sed contrarium videtur respondisse Ulpianus in *l. si quis ita* 36. *ff. eod. Si quis ita scripserit: ex qua parte codicillis Titium heredem scripsero, heres esto: etiamsi pars in codicillis non fuerit adscripta, erit tamen heres, quasi sine parte institutus*; ergo valet institutio ejus, qui sine parte fuit institutus. 8

Respondeo, quod utique valet institutio ejus, qui sine parte fuit institutus: illi partem assignat ipsa lex, videlicet si plures fuerint sine partibus instituti, singulis aequales partes §. *si plures* 6. *inst. tit. de hered. inst. l. quoties* 9. §. *heredes* 12. *ff. eod.* si plures assignatis partibus, unus sine parte fuerint instituti, feret hic, quod assi deest *l. item quod Sabinus* 17. *in princ. ff. eod.* lex enim supplet quod omisit testator: neque id arbitratu suo, sed ex praesumpta voluntate testatoris. Qui enim partes non adjicit; praesumitur voluisse partes aequales tribuere: et qui non totum assem distribuit, in parte vacante vocasse heredem, quem deinceps instituit sine parte. Hoc et naturalis ratio dictat, et communis hominum consuetudo. Contra non valet institutio, quoties aliquis ex nulla parte est institutus, *d. l. item quod Sabinus* §. *sed asse vers. aliter. ff. de hered. inst.* pugnant enim haec inter se, ut sit heres, et sit ex nulla parte.

Neque huic explicationi repugnat Ulpianus, neque secum ipse dissidet in *l.* 2. *in princ. ff. eod.* Ubi ait valere institutionem, si testator heredes ita instituerit: *e partibus, quas adscripsero*: quamvis postea nullas partes adscripserit. Etenim etiam hic heredes sine partibus sunt instituti: non vero et nulla parte. Cum enim testator partes non adscripse- 9

rit, constat, eum partes non distribuisse: quando autem testator partes non distribuit inter heredes, lex praesumit eum voluisse aequales partes habere, ut paulo ante diximus. Hoc amplius, idipsum praesumit etiam, cum dixit, *si partes adscripsero*: quasi duplici facta institutione, *ex quibus partibus adscripsero, si minus ex aequis.* In summa non adscriptis partibus a testatore semper lex praesumit, eum voluisse partes fieri aequales, quod et in legatis obtinet *l. legata* 19. *in fin. ff. de leg.* 1. Excipe tamen institutionem, de qua supra diximus, cum testator heredem instituit: *ex partibus adscriptis: vel ex partibus quas adscripsi.* Non potest enim hic praesumi voluisse fieri partes aequales, cum ipse jam partes fecerit, et quidem inaequales: nam si aequales partes fecisset, frustra adjecisset ex partibus adscriptis, cum etiam eo non adjecto ex aequis partibus heredes forent. Non potest igitur lex praesumere, eum voluisse partes aequales habere heredes institutos, cum refragetur voluntas testatoris declarantis, velle se eos heredes ex partibus jam adscriptis *d. l.* 2. *in princ.* Ibi: *si voluntas defuncti non refragatur.* Igitur nulla ex parte possunt esse heredes, non ex partibus adscriptis, quia ignoratur, quas partes testator adscripserit: non ex partibus, quas lex solet assignare, quia refragante voluntate testatoris lex non assignat partes. Quocirca est omnino incerta institutio.

10 Idem constitutum fuit in legatis. Si testator habitationem legavit libertis, quos in codicillis designasset, non valet legatum, si nullos postea designaverit *l. qui plures* 18. *D. de usufr. leg.* Incertum enim est legatum, non existente, cui datum intelligi possit. Animadvertendum autem est, quod legatum non valet, sive dixerit testator: quos designavi: sive, quos designavero, quoniam persona legatarii a lege suppleri non potest, sicut distributio partium. Lex enim nemini dat legatum, sed solum a defuncto datum confirmat *l. verbis legis* 120. *D. de V. S.* Id autem expressit elegantissimo exemplo Modestinus in *l. Titia* 34. *in princ. D. de leg.* 2. Ubi verba in futurum concepta erant *cum tot capita servorum tibi his codicillis legavero.* Caeterum si testator polliceatur se facturum aliquid, quod non pertineat ad substantiam rei legatae, et non reddat incertam dispositionem, nec inutilem eam reddit. Testator civitati vicos reliquit habentes proprios fines, et promisit se alia scriptura significaturum eorum fines, et declaraturum formam certaminis, quam quotannis celebrari vellet, ac morte praeventus non fecit. Respondit Papinianus in *l. cum pater* 77. §. *ult. D. de leg.* 2. nihilominus vicos deberi. Cum enim proprios fines haberent, ac propterea satis constet, quid legato contineatur, supervacuum est, fines a testatore significari, ut paulo ante de distributione partium diximus. Si nullos fines haberent, profecto legatum esset inutile, si non posset aliunde probari, quid legato contineretur. Hujus auctoritate responsi Justinianus in *l. penult. C. de instit. et subst.* sancit, valere institutionem, *ille heres esto secundum conditiones infra scriptas:* licet nullam conditionem infra scripserit: supervacuam enim esse pollicitationem conditionum, puramque esse institutionem. Contrarium videtur existimasse Marcellus in *l. quoties* 9. § *tantumdem D. de hered. instit.* Sed illa lex intelligenda est de testatore, cum destinasset heredem instituere sub conditione; per errorem non adjecta conditione ipsum pure scripsit heredem; non supplet lex in adjicienda conditione, sed solum in ea detrahenda, ut constat ex *d.* §. *tantumdem.* Facilius detrahitur conditio a lege quam adjicitur.

Idem et de die per errorem omisso 11
traditum a Papiniano in *l. ita stipulatus* 115. *in princ. ff. de V. O. Ita stipulatus sum:* te sisti in certo loco; si non steteris, quinquaginta aureos dare spondes? *Si dies in stipulatione per erro-*

rem omissus fuerit, cum id ageretur, ut certo die sisteres; imperfecta erit stipulatio:

Opponi potest text. *l. si finita* 15. §. *si vero* 1. *de damn. inf.* et in *l. de die* 8. *in princ. ff. qui satisd. cog.* Resp. in praetoriis et in judicialibus stipulationibus dies adjicitur partium conventione: Si de eo non convenerit, a Praetore vel a Judice praefinitur juxta consuetudinem: supplet Praetor aut judex, quod deest necessariae satisdationi, quam Praetor injungit: pendet enim ab ejus jurisdictione, non a voluntate contrahentium, ut stipulatio conventionalis *tot. tit. inst. de divis. stip. et ff. de praet. stipul.*

12 Quid si adjectus sit dies, intra quem fieri non possit id, de quo convenit Quidam Romae moriens damnavit heredem, ut Titio daret servos; quos Gadibus habebat, intra triduum a die mortis suae. Alter heredem instituit sub conditione, si intra triduum a die mortis ipsi monumentum fecerit. Valet legatum *l. si mihi* 13. §. *si quis ff. de legat.* 1. Valet institutio *l. si ita* 6. *ff. de condit. inst.* Impossibilis enim conditio ab ultimis voluntatibus detrahitur *l.* 1. *ff. de cond. inst.* §. *impossibilis inst. de hered. inst.* secus in contractibus. Qui Romae stipulatur: hodie Carthagini dare spondes? Inutiliter stipulatur *l.* 2. §. *qui ita D. de eo, quod cert. loc. l. quoties* 24. *D. de oper. libert.*

13 Obstat labeo in *l. insulam* 58. §. 1. *D. locat.* Resp. quod ibi contrahentes tempus praefiniverant, intra quod opus fieri posse crediderunt, ut ibi indicat Labeo. Si opus intra tempus finitum non fuerit, vir bonus aestimare debet, an eo spatio temporis finiri potuerit. Si potuit, in id quod interest, conductor obligatur, sicut promisit. Si ne a diligentissimo quidem finiri potest, aequum non est eum, qui non fecit id, quod fieri non poterat, ad poenam obligari, *l. multa* 6. *D. de cond. et dem.* Valet igitur contractus, quia apparet contrahentes voluisse tempus praescribere, intra quod opus posset absolvi. Vid. *l. non solum* 31. *in fin. D. de O.* et *A.* quae nodum solvit.

CAPUT XV.

Ad L. triticum 95. *D. de verb. obl.* et *L.* 1. *C. de dot. promiss.*

SUMMARIUM.

I. Incerta quantitas vitiat solas obligationes rerum, quae numero, pondere, mensurave constant.
II. Quae in praefationibus concipiuntur, in stipulationibus repetita censentur.
III. De re, quae in stipulationem deducitur, tam stipulantem, quam promittentem convenire necesse est.
IV. Quantitas rei certa debet esse in caeteris contractibus.
V. In hereditate et legatis.
VI. Si quantitas ex post facto certa fiat, valet dispositio et n. VII.
VIII. Promissio dotis nulla est quantitate non adjecta, si quidem a muliere promissa sit.
IX. Si vero promittatur a patre mulieris, valet, et pro modo ejus facultatum et dignitate mariti constituitur et n. X.

Succedit quaestio de incerta quantitate. Haec autem duplex. Aliquando sola quantitas rei, quae in obligationem deducitur, incerta est: aliquando praeter incertam quantitatem, nec ipsa quidem res certo fuit demonstrata. Incerta quantitas vitiat solummodo obligationem rerum, quae pondere, numero, mensura continentur, *l. ita stipulatus* 115. *in princ. D. de V. O. Imperfecta erit stipulatio, non secus ac si quod pondere, numero, mensura continetur, sine adjectione ponderis, numeri, mensurae stipulatus essem.* Marcellus in *l. triticum* 94. *D. eod. Triticum dare oportere stipulatus est aliquis: facti quaestio est, non juris: igitur si de aliquo tritico cogitaverit, id est, certi generis, certae quantitatis, id habebitur pro expresso: alioquin, si cum destinare genus et modum vellet, non fecit, nihil stipulatus videtur: igitur ne unum quidem modium.* Plura in hac lege sunt observanda. Primum, quod videtur hic a Marcello requiri, ut non 1

solum quantitas tritico exprimatur, sed etiam qualitas, quam hic genus vocat: verum omissio qualitatis non obstat obligationi, *l. fidejussorem* 52. *D. mand. l. cum certum* 4. *D. de trit. vin. et ol. leg.* Marcellus genus dicit, ut arbitror, provinciam, regionem, quae triticum produxit, unde Romam advehebatur: videlicet triticum Africanum, Thrasium, Syrium, Italicum: Plin. *lib.* 18. *cap.* 7. *Tritici genera plura, quae fecere gentes etc.* Sed nec omissio loci, aut gentis vitiat contractum: nam qui stipulatur vinum, frumentum, non adjecta qualitate, utiliter stipulatur, licet incerta sit stipulatio, ex qua non datur certi condictio, sed incerti, scilicet actio ex stipulatu, sicut etiam si adjecerit qualitatem et genus, veluti: *centum modios tritici Africani boni, l. ubi autem* 75. §. 1. *et* 2. *ff. de V. O.* Potest autem promissor, cum neque genus, neque bonitas adjecta est, etiam pessimum solvere, *d. l. fidejussorem*; ac ne quidem tenetur solvere illud genus, quod est in usu in ea regione, *d. l.* 4. *D. de trit. vin.* Cavendum autem est a glossa, quae tritici nomine comprehendit quicquid in area teritur, exponitque verbum tritici *bladum, seges.* Falso. Triticum inde dictum, quod teratur ex spicis, ut putavit Varro *de ling. latina*: sed hoc nomen postea per excellentiam factum est proprium hujusce frumenti. Frumenti vero nomen generale est; id enim esse, quod arista se teneat, Gallus ajebat *l. frugem* 77. *ff. de V. S.* quamquam et hoc pro tritico plerumque accipitur, ut apparet ex Frumentaria Ciceronis in Verrem. Igitur genus tritici demonstrat, qui designat regionem, ubi progenitum: et in eodem sensu dicitur genus olei in *l.* 4. *ff. de trit. vin.*

2 Secundum, quod si ex conventione, cui firmandae adjecta est stipulatio, vel ex praefatione, vel ex conjecturis appareat, de quo tritico cogitatum sit, id pro expresso habebitur: nam quae in praefationibus concipiuntur, in stipulationibus repetita censentur *l. Titia* 134. §. 1. *ff. de V. O.* Nec obstat *l. quicquid adstringendae. D. eod.* Nam id non pertinet ad ea, quibus investigari potest mens contrahentium: et ex quibus elici possit, valeatne, an irrita sit stipulatio. Nam etiam in stipulationibus, quid actum sit, inspiciendum est *l. qui usumfructum* 36. §. *stipulatus D. de usufr. l. in ambiguis* 96. *D. de reg. jur.* et ut potius valeat quam pereat stipulatio, est interpretanda, *l. quoties* 80. *D. de V. O.* Igitur si appareat, de quo tritico senserint et de quantitate, valet stipulatio, etiamsi in ea nihil fuerit expressum, Ex quo intelligitur *l. quidam* 7. *in princ. D. de trit. vin. et ol. leg.* Quidam heredem damnaverat dare uxori suae vinum, oleum, frumentum, acetum, mella, salsamenta, nec adjecit, quantum ex quaque re dari deberet. Valet legatum, et omne, quantum paterfamilias reliquisset, debetur. Id autem eo fit, quia non est incerta quantitas rei legatae: nam cum testator de rebus suis disponit *l. verbis legis D. de V. S.* ibi: *rei suae*, certa est summa vini, olei, et caeterarum rerum, quas habet: omnes enim legatae videntur, ut omnes Jurisconsulti existimarunt contra Trebatium, qui putabat tantum legatum videri, quantum heres dare voluisset. In utraque autem sententia certa est quantitas rei legatae; non ex verbis testatoris, sed ex dispositione legis. Contra si summa esset omnino incerta, nec posset referri ad res a testatore relictas, ut eveniret, si nihil harum rerum reliquisset, ne sextarius quidem deberetur §. *sed etsi* 15. *inst. tit. de legat. l. si sic legatum* 75. §. 1. *D. de leg.* 1. *l. legavi* 25. *in fin. D. de liberat. leg.* et nostra *l. triticum.* Ibi: *ne unum quidem modium.*

Tertium, quod indiget explicatione, 3 est, quod Marcellus ait: *igitur si de aliquo tritico cogitaverit.* Cavendum, ne cui imponant haec verba. Neque enim sufficit, ut de certo tritico cogitaverit

solus stipulator: sed necesse est, ut de eodem cogitaverit etiam promissor. Stipulatio enim non solius stipulatoris voluntate constat, sed utrinsque consensu conficitur, et de re, quae in stipulationem deducitur, uterque conveniat necesse est *l. inter stipulantem* 83. §. 1. *D. de V. O.* Nec obstat text. in *l. si mihi et Titio* 110. §. *ult. D. eod.* Nam ibi uterque convenerat de veste muliebri: solum dubitabatur, an ea verba comprehenderent vestem muliebrem, qua promissor utebatur: et hanc quoque comprehendi responsum est, cum verba stipulatoris re ipsa eam comprehendant, maxime propter adjectionem illam; *quaecumque esset*, quae demonstrant eam quoque sipulatorem stipulari voluisse. Promissor igitur, qui spondendo se obligat ad id omne, de quo fuit interrogatus, et voluntati stipulatoris obsecundat, non debet postea cavillari verba, dicendo se de ea veste non sensisse *l. quidquid* 99. *vers. nec rursum D. eod. l. non est ferendus* 12. *D. de transact.*

4 Exposita sic nostra lege, ea est aliis legibus confirmanda. In aliis quoque contractibus, in hereditatibus, in legatis, in ipsa dote regula illa servatur. Sine certa re et pretio nulla est emptio et venditio *l. nec emptio* 8. *D. de contr. empt.* Licet etiam fructus futuri emi possint, et jactus retis et captus ferarum *d. l. nec emptio in princ. et in* §. 1. *l. ex empto* 11. *alias l. emptorem in fin. de act. empt.* nam in his emitur alea, et quid in emptionem venerit, quamvis initio fuerit incertum, ex eventu certum fit. Societas quoque nulla est, si ex nulla parte coita sit. De hac id ipsum dicendum, quod de hereditate diximus in superiore. Si Socii partes lucri damnique non definiverint, lex ipsa definit, et facit partes aequales *l. si non fuerint* 29. *ff. pro soc.* At si coita fuerit societas ex his partibus, quas Titius arbitrabitur, et Titius ante quam arbitretur, moriatur, nihil agitur *l. si coita* 75. *ff. eod.* quia ex nulla parte socii sunt: non ex aequis partibus, quoniam ab his recesserunt: non ex partibus a Titio assignatis, qui nullas partes assignavit.

De hereditatibus satis luculenter dixi- 5
mus in superiore; addo nunc elegantissimum exemplum ab Ulpiano propositum in *l. ex facto* 19. *ff. de hered. inst.* Quidam heredes instituit Titium et Cajum ex dodrante: postea adjecit: si Sejus heres non erit, Sempronius heres esto. Quaesitum fuit, an Sempronius heres sit ex reliquo quadrante qui vacat. Respondit, Sempronium heredem non esse: *quia ei pars esset data, quae nulla esset.* Ei enim datur pars Seji, cui fuit substitutus: Sejus autem nullam habet partem, cum non fuerit heres institutus. Conditio enim non disponit, *l. si quis sub condit.* 8. *ff. si quis omis caus. testam. l.* 1. §. *sed etsi in fin. ff. ad leg. Falc. l. cum sine* 19. §. 1. *ff. qu. di. leg. ced.* de legatis id constitutum in *l. si sic legat.* 75. §. 1. *ff. de leg.* 1. *Si mihi quod Titius debet, fuerit legatum, neque Titius debeat; sciendum est. nullum esse legatum: et quidem si quantitas non sit adjecta, evidenti ratione nihil debebitur, quia non appareat, quantum fuerit legatum.* Subjicit deinceps aliud simile exemplum: sicut et in *l. legavi* 25. *in fin. de liber. leg.*

Multae tamen occurrunt in jure no- 6
stro leges, in quibus contrarium est constitutum. In *l. Stichus* 12. *ff. de leg.* 3. *Stichus liber esto: ut eum heres artificium doceat, unde se tueri possit, peto: Pegasus inutile fideicommissum esse ait, quia genus artificii adjectum non esset.* Deciditur tamen valere.

In *l. si cui annuum* 14. *D. de ann. leg. Si cui annuum fuerit relictum sine adjectione summae, nihil videri huic adscriptum Mela ait.* Contrarium tamen probat Ulpianus.

In *l. cum alimenta* 22. *in princ. ff. de alimen. leg. cum alimenta per fideicommissum relicta sunt non adjecta quantitate*, valet fideicommissum.

In *l. quidam* 30. *D. de leg.* 2. valet legatum relictum Reip. in tutelam vitae reficiendae; non adscripta summa.

7 Veteres, interpretes, ut vim harum legum declinent, confugiunt ad miserorum asylum, ad favorem alimentorum. Sed hoc perfugio harum legum auctores non utuntur, ideoque nec nos uti debemus. Si accurate considerentur istae leges, ex his depromitur hujusmodi regula. Quoties legatum est sine adjectione summae, in id, quod certam impensam requirit, ita ut saltem ex postfacto certa fieri possit, valet legatum. Hac ratione utiliter legatur partus ancillae, fructus nascituri; quia eventus, sicut suspendit legatum, quia incertus est; ita certum faciet, quid legato comprehendatur. *l.* 1. §. *ult. D. de cond. et dem.* In legibus modo relatis controversia fuit inter veteres, an legata illa valerent: sed obtinuit sententia existimantium, valere: quia incertum facile et ex juris interpretatione ad certum redigitur. In *l Stichus* artificium non designavit testator, sed demonstrat aetas pueri, conditio, natura, ingenium, quibus consideratis de artificio Praetor statuet *d. l. in fin.* In *l. si cui* 14. summam praestandam indicat id, quod praestare solitus fuerat testator: si minus, ex dignitate personae statui oportet pro modo facultatum *d. l. si cui in fin. et l. si quis a liberis* §. *si quis ex his ff. de agnosc. lib.* Eadem est ratio *l. cum alimenta:* nam et legatum annuum pro alimentis relictum censetur *l. quidam ff. de pact. dot.* et ideo initio ani praestanda sunt. *l.* 1. *C. quand di leg. ced.* In *l. quidam* 30. certa est summa, quia tanta summa legata videtur, quanta viae reficiendae sufficeret, nisi appareat aliam fuisse mentem defuncti, aut ex magnitudine ejus pecuniae, aut ex mediocritate facultatum; tunc enim secundum aestimationem patrimonii, et legati quantitas definiri potest. Ergo in his, et similibus legatis incerta quidem initio quantitas esse videtur, sed ex post facto certa fit: et de his agitur in *l. si quando* 6. *ff. ut legat. nom. cav.* et ideo si fidejussores petantur, taxatio judicis est necessaria. 8

His expositis ad dotem veniamus, in qua eadem obtinent, licet dotium causa sit semper et ubique praecipua *l.* 1 *ff. sol. matrim.* Dilucide id sanxit Imp. Alexand. in *l.* 1. *C. de dot. prom. Frustra existimas actionem tibi competere, quasi promissa dos tibi, nec praestita sit: cum neque species ulla, nec quantitas promissa sit: sed hactenus nuptiali instrumento adscriptum, quod ea, quae nubebat, dotem dare promiserit.* Caecutiunt in hac lege explicanda veteres interpretes. Putant enim non valere hanc dotis promissionem, ne in eadem re duo specialia concurrant. Concurrerent autem duo specialia. Primum, quod contra jus commune valeret promissio incertae quantitatis. Alterum, quod contra jus civile daretur actio ex nudo pacto. Falsa omnia. Falsum est, quod non possint concurrere duo specialia, saltem in dote. Hanc regulam falsam esse demonstrat *l. un. C. de rei ux. act.* In ea ad minimum tria constituuntur singulariter in dote a juris regulis abhorrentia: quod dos promissa per stipulationem fuisse fingatur, etiamsi stipulatio non intervenerit: quod detur actio ex stipulatu, etiamsi dos certa sit: quod actio ex stipulatu sit bonae fidei. Falsum, quod in laudata *l.* 1. agatur de dote promissa nudo pacto: id falsi arguunt verba illa: *sed hactenus nuptiali instrumento etc. Cum scriptum est in instrumento promisisse aliquem: perinde habetur atque si interrogatione praecedente responsum sit.* Ita Imperator noster in §. *si scriptum inst. tit. de inut. stip.* quae verba sumpsit a Paulo *lib.* 5. *sent. tit.* 7. qui idem magis generaliter affirmat in *l. Titia.* 134. §. 2. *D. de V. O.* ea ratione, quae traditur in *l. sciendum* 30. *D. eod.* Plane si certum est valere promissionem dotis incertam, ut ajunt et *l. cum post.* 70. §. *si gener. D. de Jur. dot.* sequitur, ut unica ratio, qua

fit, ut non valeat ibi dotis promissio, ea sit, quod facta fuerit nudo pacto. Cur igitur id referre omisit Imperator, et solummodo exposuit incertam dotem fuisse promissam? Causam, ob quam decernere non poterat: id quod decrevit, diligenter explicavit: causam, ob quam decernere debebat id, quod decrevit, penitus praetermisit: imo usus est verbis contrarium exprimentibus. Profecto nihil dici potest absurdius.

At enim in *l. cum post divortium* 70. §. *gener D. de jure dot.* Papinianus contrarium respondit. *Gener a socero dotem arbitratu soceri certa die dari, non demonstrata re, vel quantitate stipulatus fuerat: arbitrio quoque detracto stipulationem valere placuit*: Miror plerosque Doctores a vero aberrasse, cum ipse Papinianus dilucide explicet sententiam suam, et quod opponi poterat, refutet. Ait enim hanc promissionem non esse similem stipulationi Fundi incerti, *quia dos pro modo facultatum patris, et dignitate mariti constitui potest*: hoc est, quod fundo non demonstrato incerta est, et inutilis stipulatio: promissio dotis a socero facta genero, certa est, et utilis, quia pro modo facultatum patris, et dignitate mariti constituenda est. Quoties rei quantitas, vel ex qualitate ipsius rei, vel ex adjunctis, vel legis interpretatione certa fieri potest, etiamsi a testatore vel contrahentibus certo non fuerit demonstrata, tamen incerta non est, nec actum vitiat, ut paulo ante pluribus exemplis ostendimus. Nostrae quaestioni accommodatissimum est exemplum propositum in *l.* 1. §. 1. *ff. de leg.* 2. Legatum erat pupillo arbitrio tutorum: ait Ulpianus, quod legatum valet, et purum est, ac certum, quia in testamentis alterius arbitrium pro arbitrio boni viri accipitur: *quod injectum legato velut certum quantitatem exprimit, pro viribus videlicet patrimonii.* Facit ad rem *l. fideicommissa* 11. §. *quamquam* 7. *D. de legat.* 3. Quantitatem dotis promissae certam facit tum persona patris, tum natura dotis. Pater L. Julia tenetur filiae dotem dare *l. Capite* 19. *D. de ritu nupt. l. ult. versic. neque enim legat. C. de dot. promis.* Pater igitur dotem pro filia promittens *veluti certam quantitatem exprimit*, id est, quantitatem a lege praescriptam. Scilicet pro modo facultatum patris, et pro dignitate mariti *d.* §. *gener in fin. et* §. *seq.* Multo aliter se res habet, cum dotem promittit mulier ipsa, aut extraneus pro ea. Hi plenum arbitrium habent dandi, vel non dandi dotem. Possunt vel grandem vel tenuem, vel nullam dotem constituere. Itaque si dotem promiserint non adjecta specie, neque quantitate, incerta est omnino promissio, et inutilis, quia possent eam constituere in re, quae nullam afferret marito utilitatem: possent vel nummum, vel assem dare. Similis est igitur haec promissio, domus vel fundi promissioni, domo fundove non demonstrato. Sicut enim illa est inutilis, quia arbitrio hominum constituuntur parvi, magnive, ut diximus in superiore: ita et dos, quae hominis arbitrio constituitur, inutiliter promittitur, non demonstrata specie, vel quantitate *d. l.* 1. *C. de dot. promission.* Inter fundum autem, et dotem a parte promissam magna est differentia, ut ait Papinianus in *d.* §. *gener*: quia ea a lege praescribitur, ac definitur. Nihil igitur hic speciale dos habet, ut plerique somniarunt.

CAPUT XVI.

Ad L. quoties §. 2. *et seqq. ff. de hered. instit.*

SUMMARIUM.

I. Error in quantitate actum non vitiat; at voluntas agentis servatur etiam contra scripturam. Exempla in hereditate.
II. Et in legatis; et n. III.
IV. Contractus vitiat error in corpore, non autem in qualitate, praeter emptionem et venditionem.
V. Error in quantitate pretii viliat emptionem et venditionem.

VI. Emptori et venditori licet se decipere in justo pretio.
VII. Qui in pretio circumvenitur, non errat in pretii quantitate.
VIII. Error quantitatis non facile obrepit, nisi res certo loco circumscripta in obligationem deducatur. Si obrepat, valet stipulatio in id, quod inest.
IX. Verba, quae ad praesens, non ad futurum tempus referuntur, non suspendunt obligationem.
X. Verba, quae conditionis speciem habent, quandonam vere conditionem faciant.
XI. Duabus scripturis diversas summas exprimentibus potior est ea, quae minorem summam continet, tam in contractibus, quam in ultimis voluntatibus, et n. XII.
XIII. Quid juris si diversae scripturae inter se pugnantes in judicio exhibeantur, et n. XIV. XV.
XVI. Actor potest scripturam jam editam retractare, et in alia intentionem suam fundare.

1 Plures aliae de quantitate quaestiones existunt. Prima est de errore in quantitate, an irritum faciat actum: et quantum debeatur, si actus jure subsistit: Error in quantitate non impedit, quominus valeat actus: et voluntas agentis servatur etiam contra scripturam. Traditum id de hereditate in *l. quoties* 9. §. *sed si non* 2 *ff. de hered. instit. Sed si non in corpore erravit, sed in parte* (*puta, si cum dictasset, ex semisse aliquem scribi, ex quadrante sit scriptus*) *Celsus libro duodecimo quaestionum ait posse defendi ex semisse heredem fore: quasi plus nuncupatum sit: minus scriptum: quae sententia rescriptis adjuvatur generalibus. Idemque etsi ipse testator minus scribat, cum plus vellet adscribere.* Et in §. *seq. sed si majorem adscripserit testamentarius* (*vel quod difficilius est probatione*) *ipse testator, ut pro quadrante semissem: Proculus putat ex quadrante fore heredem, quoniam inest quadrans in semisse.* Nota hic veteres Jurisconsultos non semper ejus, quod statuunt, potissimam afferre rationem: sed interdum eam, quae patet, et in promptu est omnibus, reconditiore, veraque praetermissa. Neque enim praecipua, et unica ratio est, quod insit quadrans in semisse. Si hoc esset, quando per errorem scriptus est in quadrante, cum scribendus esset in semisse, non esset heres in semisse; quoniam non inest semis in quadrante. Igitur potissima ratio est, quae utrumque errorem complectitur: quod error in corpore, et in eo quod rei substantiam afficit, actum vitiat: laudata *l.* 9. *in princ. et in* §. 1. *l. si quis in fundi* 4. *ff. de leg.* 1. *l. in venditionibus* 9 *ff. de contr. empt. l. continuus* 137. §. 1. *ff. de V. O.* error autem in quantitate non vitiat, ut modo probare aggressi fuimus. His consequens est, argumentum, quod ducitur ab expressa legis ratione, non semper validum esse. Illud etiam monendum, quod hic error perspicue, et indubitate probandus est: alias scripturae standum erit: itemque si scripserit ipse testator, probatio certior est necessaria: ibi: *quod difficilius est probatione.*

De legato testatur Paulus in *l. qui quartam* 15. *ff de leg.* 1. *Qui quartam partem bonorum legare voluit, dimidiam scripsit. Proculus recte ait defendi posse quartam legatam: quia inest dimidiae. Idem erit si quinquaginta voluit legare, et centum scripta sint: quinquaginta enim debebuntur. Sed et si plus legare voluit, et minus scripsit, valebit legatum.* Idem tradit Ulpianus in *l. quoties* 9. §. *sed etsi quis* 4. *ff. de hered. instit Sed etsi quis centum pro ducenta per notam scripsisset, idem juris erit: nam et ibi utrumque scriptum est, et quod voluit, et quod adjectum est*; quae sententia non est sine ratione. Observa verba illa, *per notam*: veteres quoque per notas scribebant pecuniae summam, sicut et nos scribimus: sed notae veterum diversae esant a nostris cifris, quibus hodie utimur; eas vide apud Maecianum. Cum summa per notam scribitur, facilius erratur: ideoque leviores probationes sufficiunt ad errorem probandum. 2

De liberatione legata elegans est exemplum in *l. non solum* 7. §. *sed si debitorem ff. de liber leg. Sed si debitorem decem, damnatus sit heres viginti* 3

liberare : idem Julianus scribit libro trigesimo tertio , nihilominus et esse liberandum decem : nam et si ei viginti accepto ferantur , in decem liberabitur. Vides hic aliam afferri rationem : quia liberari non potest in ea summa , cujus debitor non est.

4 In contractibus etsi non facile potest hic error obrepere, cum contractus non unius tantum voluntate constent , sed et duorum , pluriumve consensu *l.* 1. *ff. de pactis l. inter stipulantem* 83. §. *ff. de V. O.* tamen si error aliquis intervenerit , nihil valet contractus , *l. in omnibus negotiis* 57. *ff. de oblig. et act.* Errantis enim nullus est consensus , *l. si per errorem ff de jurisd.* Sed hoc intelligendum est de errore in corpore substantiaque rei. Nam error in qualitate , materiaque non vitiat , *l. si cum aurum* 22. *ff. de V. O. l.* 1. *ff. de pign. act. l. cum aes* 20. *ff. de furt.* praeter emptionem , *l. in venditionibus* 9. *l. quid tamen* 13. *in fin. ff de contr. empt.* quia , cum in emptionem certum pretium interveniat , quod rei debet peraequa proportione respondere , contrahentium interest , emptionem non valere , ac propterea , qui et ea re damnum passurus est , omnino dissensisse praesumitur errore deceptus , quoties materia est omnino diversa. Tenetur tamen venditor , quanti interest emptoris fuisse deceptum *l. si sterilis* 21. §. *quamvis ff. de act. empt.* sicut tenetur etiam in aliis contractibus *d. l. si id quod aurum* 22. *ff. de. V. O.* Sed haec accuratius expendere ad propositam questionem nihil attinet.

5 De errore in quantitate quid dicendum ? Enimvero emptionem secundum ea , quae modo dicebamus , si in quantitate pretii fuerit erratum , arbitror non valere - Movet me auctoritas Ulpiani in *l. in venditionibus in princ.* ibi : *Caeterum sive in ipsa re dissentiant , sive in pretio , sive in quo alio , emptio imperfecta est.* In re ipsa multis modis errari potest , scilicet in rei corpore , in materia , in qualitate in nomine , ut distinguitur in §§. 2. *seqq.* et in quinque *ll. seqq.* In pretio erratur solummodo in quantitate. Error igitur in quantitate pretii irritam , et imperfectam facit emptionem : non consentit enim , qui errat ; ac nihil consensui est tam contrarium , quam error *l. si per errorem ff. de jurisd.* Moveor etiam , quod in hoc contractu pretium certum esse debet §. 1. *inst. tit. de contr. empt.* et quod *empti fides ac venditi sine quantitate nulla est l. empti* 9. *C. eod.* Idem dicendum est de locatione , in qua ad similitudinem emptionis certa merces constitui debet in pecunia numerata , *inst. tit. de locat. et cond. in princip. et in* §. 1. et *l. si convenerit* 23. *ff. com. divid. quae enim locatio est , cum merces non intercesserit* , *l. si merces* 25. *in princ. ff. locat.*

Opponi potest , quod naturaliter licet contrahentibus se decipere , *l. in causae* 16. §. *idem Pomponius ff. de minor. l. item si pretio* 22. *in fin. ff. locat.* et valet emptio et venditio , etiamsi plus minusve justo pretio res venierit *l. si voluntate* 3. *C. de resc. vend.* Hoc amplius , nec si emptor plus quam in dimidia justi pretii fuerit circumventus , irrita proinde dici potest venditio. Nam si irrita esset ac nulla, rescindi non posset *l. nam etsi* 5. *ff. de injust. rupt.* Rescinditur autem *l.* 2. *et l.* 8. *C. de rescin vend.* 6

Fallax est hujusmodi argumentum. Longe discrepant : decipi et circumveniri in qnantitate pretii , et errare in conventione pretii. Qui circumvenitur in pretio statuendo , villius quidem vendit , aut carius emit , quam justo pretio ; sed tamen certum pretium statuit : de certo pretio convenit inter emptorem , et venditorem , uterque in eo definiendo consentit. *Emptor viliore comparandi , venditor cariore distrahendi votum gerentes ad hunc contractum accedunt : vixque post multas contentiones paulatim venditore de eo , quod petierat detra-* 7

hente , emptore autem huic , quod obtulerat addente , ad certum consentiunt pretium. Sunt verba Imperatorum in *l. voluntate* 8. *C. de rescind. vend.* quibus subjiciunt , neque bonam fidem , neque ullam rationem pati hunc contractum consensu finitum rescindi , nisi minus dimidia justi pretii datum sit. Contra , qui errant in quantitate pretii , in certum pretium non consentiunt , sed alter ut puta sentit de decem , alter de viginti : ideoque contractus non est consensu finitus , nec potest valere quemadmodum si de alia re venditor , de alia emptor senserit *l. inter stipulantem* 83. §, 1. *l. continuus* 137. §. 1. *ff. de V. O.* §. *si de alia* 22. *inst. tit. de inut. stip.*

9 In aliis contractibus , ut paulo ante diximus , non facile error quantitatis obrepit , nisi forte res certo loco circumscripta in obligationem deducatur. Exemplum proponit Africanus in *l. si servus legatus* 108. §. *qui quinque* 10. *D. de leg.* 1. Qui quinque in arca habebat , ita legavit , vel stipulanti promisit : decem quae in arca habeo , et legatum , et stipulatio valebit. Ita tamen , ut sola quinque vel ex stipulatione , vel ex testamento debeantur. Valet igitur stipulatio in quinque , quia non tam quantitas , quam certum illud corpus pecuniae , quod in arca est , in stipulationem deducitur , reliqua autem quinque , quae in arca non sunt , quodammodo constistuunt corpus , quod in rerum natura non est , ac propterea in illis non potest contrahi obligatio *d. l. vers. nam quodammodo.*

9 Contrarium videtur respondisse Papinianus in *l. si ita stipulatus* 120. *ff. de V. O. Si ita stipulatus fuero : hanc summam centum aureorum dare spondes et si maxime exaudiatur hic sermo : si modo centum aureorum est ; non facit conditionem haec adjectio , quoniam si centum non sint , stipulatio nulla est ; nec placuit instar habere conditionis sermonem , qui non ad futurum , sed ad praesens tempus refertur.*

Sed non ita est. Papinianus hic non quaerit , an proposita stipulatio valeat nec ne ; sed an sit conditionalis ; scilicet an verba illa conditionem faciant. Respondet : quod non , etsi ea interpretemur ; *si modo centum aureorum sit :* quae verba speciem quidem , et figuram conditionis habent , non tamen habent vim , et potestatem conditionis , cum ad praesens , non ad futurum tempus referantur ; atque adeo non suspendant obligationem , sed statim nulla sit stipulatio , si centum aureorum non sit. Idque traditum est etiam in *l. conditio* 100. *ff. eod. in l. cum ad praesens* 37. *et seq. ff. de reb. cred.* quarum secunda est ejusdem Papiniani *l.* 3. §. *si tamen ff de bon. libert.* §. *conditionis inst. tit de V. O.*

Illud potest esse dubium , quod non decidit Papinianus , quandonam contrahentes ea mente contraxerint , vellent , valere stipulationem si summa illa sit centum aureorum. Negari non potest verba illa ambiguum continere , ac proinde in illis interpretandis adhibendas esse regulas , quas postmodo trademus , cum agemus de ambigua voluntatis interpretatione. Nunc illud tantummodo statuo , quod si stipulatio adhibeatur ad confirmandum actum , quem error quantatis irritum facit : veluti emptionem , et venditionem : praesumi debet verbis illis significari : *si modo centum aureorum sit.* Sed etsi contractus non sit irritus , veluti si differentia sit in accessorio , ut in *l. si venditor* 38. *in princ. ff. de act. emp.* et in *l. si emptione* 34. *in princ. ff. de contr. empt.* stipulatio integram summam continebit , et omne id , quod venditor fuerit stipulatus , ut in laudatis legibus. Quod si stipulatio donationi , vel legato accesserit , eam summam , quae designata , ac demomstrata fuit , continebit , etiamsi centum aureorum non sit *d. l si servus* 108. §. *qui quinque* juncta *l. si legati* 56. *ff. de. leg.* 1. 10

11 Hic autem suboritur alia quaestio. An si duae sint scripturae super eodem actu, in quibus diversae summae exprimantur, nec appareat error, altera alteram impediat; aut, quae potior habenda sit. Satis constat, tam in contractibus, quam in ultimis voluntatibus praeferri, et esse potiorem scripturam, quae minorem summam continet, quia inest minor summa majori *l. quoties* 9. §. *sed si majorem ff. de hered. inst. l. si ita scriptum* 14. *ff. de leg.* 1. ac praesertim in contractibus, in quibus semper in summis id quod minus est sponderi videtur *l. inter* 83. §. *diversa ff. de V. O. l. si ita* 109. *ff. eod et l. si ita* 12. *ff. eod. l. inter eos* 51. *in princ. ff. de fidejus.*

12 In legatis exemplum optimum refert Proculus in *l. Sempronius* 47. *ff. de leg.* 2. *Binae tabulae testamenti eodem tempore exemplarii causa scriptae, ut vulgo fieri solet, ejusdem patrisfam. proferuntur. In alteris centum, in alteris quinquaginta aurei legati sunt Titio. Quaeris, utrum et quinquaginta aureos, an centum dumtaxat habiturus sit. Proculus respondit, hoc casu magis heredi parcendum est: ideoque utrumque legatum nullo modo debetur; sed tantummodo quinquaginta aurei.* Nepos, qui Proculum interrogavit, non dubitabat saltem centum deberi: scilicet majorem summam: solum quaerebat, an utraque summa deberetur. Proculus respondit nec utramque summam, nec majorem deberi, sed minorem dumtaxat. Recte, quod enim exiguius, id praestandum *l. si ita sit adscriptum in fin.* 14. *de leg.* 1. qua utrumque docemur, et quod cum agitur de dando legato, quod minus est, datum videtur, et cum de adimendo, quod majus est, videtur ademptum. Ibi: *Si post legata saepius adscripta, idem hoc subjecit, semel praestari velle, et hoc ante impletum testamentum fecerit: ipso jure videri caetera legata adempta. Sed quod magis erit ademptum? non enim apparet, et ait posse dici exiguius praestandum.*

Contrarium statuendum, si in judicio 13 ab una eademque parte fuerint editae duae diversae scripturae, diversas summas continentes, vel aliorsum discrepantes: nam sibi invicem derogant fidem, et neutra probationem facit, *l. scripturae C. de fid. instrum.* Sibi enim imputare debet, qui inter se repugnantia edidit: debebat ea, prius quam ederet, diligenter expendere, *c. imputari* 13. *de fide instrum.* et scire debebat, quod ex duobus inter se repugnantibus neutrum ratum est, *l. ubi pugnantia* 188. *ff. de R. J.* Quod si a diversis partibus profe- 14 rantur, quaestionis est, an probationem faciant: non facere verius puto per text. in *d. l. ubi pugnantia.* Quid enim causae est, cur uni potius, quam alteri judex fidem habere debeat. cum altera alteri fidem deroget *d. l. scripturae*, et ut recte Paulus ait in *l. duo sunt Titii* 30. *ff. de testam. tut. non jus deficit, sed probatio*: et ideo neutra est attendenda. Hoc interest meo judicio, inter 15 editionem factam ab una eademque parte, et editionem factam a diversis partibus, quod in prima diversae scripturae sibi invicem fidem derogant, sive ejusdem sint potestatis, sive altera sit altera potentior: quia cum per editionem utraque ab edente fuerit approbata, consequens est, utramque easdem vires habere quoad edentem, eamdemque probationem facere: isque sibi imputare debet, quod edendo utramque similiter approbaverit. In secunda, si diversae non sint ejusdem potestatis, veluti si concurrat scriptura privata cum instrumento publico: si una ex illis aliquo adminiculo, vel conjectura corroboretur: judex potiori scripturae fidem praestare debebit, quae plenam, atque perfectam probationem facit.

Quod si actor prius ediderit aliquam 16 scripturam, et deinceps, cum aliam de novo invenerit, cognito errore priorem retractaverit, puto audiendum esse, si in hac posteriore intentionem suam fundare velit, per text. in *l. edita actio* 3.

C. de edend. juncta l. si mihi 12. §. *in legatis* 3. *ff. de leg.* 1. Ibi : in *legatis novissimae scripturae valent , quia mutari causa praecedentis legati , vel die vel conditione , vel in totum ademptione potest.* Eadem prorsus obtinent in editione actionis. In reo autem id est indubitatum , qui pluribus exceptionibus diversis ad se defendendum uti potest , et contraria etiam pro se allegare *l. is dicit* 5. *l. nemo* 8. *ff. de except. l. nemo in his* 40. *ff. de R. J. c. nullus.* 120. *de R. J. in* 6.

CAPUT XVII.

L. Smper in obscuris 9. *D. de reg. jur.*

SUMMARIUM.

I. In obscuris , quod minimum est , sequi debemus.
II. Haec regula locum habet , si alia ratione voluntatem explicare non possimus.
III. Exempla in stipulationibus.
IV. In legatis.
V. In sententiis.
VI. Sententia pro privilegiario et pro paupere non praefertur sententiae contra pauperem , seu contra privilegiarium.
VII. Fiscus nullum privilegium habet , ut sententia pro eo praeferatur sententiae contra eum.
VIII. Fiscus apud Romanos plerumque pecuniae inanis erat. et n. IX
X. Pauper et dives in judicio pares sunt.
XI. Boni principes populo subvenire volebant magis quam fisco prodesse.
XII. Sententia judicis dati expectat executionem a Magistratu.
VIII. Exponitur L. in lege 29. ff. loc.
XIV. Explicatur L. si ita 43. in princ. ff. de leg. 2.
XV. Verborum propria significatio demonstrat testatoris voluntatem.

QUod de duabus scripturis diversa
1 continentibus dicebamus in superiore , praeferendam esse eam , quae minorem summam continet: id generatim enunciat, et pro regula habet Ulpianus in *l. semper in obscuris* 9. *ff. de R. J. semper in obscuris id , quod minimum est , sequimur* Hanc generalem enuntiationem latius explicare operae pretium est.

Ante omnia admonendum est , ad 2
hanc regulam dirigendam esse voluntatis intepretationem tantummodo in obscuris , cum neque ex consuetudine patrisfam. neque ex consuetudine regionis , neque ex contextu contractus , vel testamenti possit apparere , quid actum fuerit *l. nummis* 75. *ff. de leg.* 3. *l. semper in stipulationibus* 34. *ff de R. J.* Igitur si aliqua ratione possimus expiscari voluntatem disponentium , ad hanc regulam non est confugiendum , quoniam non sumus in obscuris , cum probari potest, quae fuerit voluntas testatoris, quid actum inter contrahentes.

Caeterum si de voluntate non con- 3
stet , id , quod minimum est , sequi debemus , tum in stipulationibus : tum in legatis : tum etiam in sententiis, In stipulationibus id praecipit Ulpianus in laudata *l. semper* 34. *ff. de R J.* Ratio est , quia propensiores esse debemus ad liberandum , quam ad obligandum *l. Arrianus* 47. *ff. de obl. et act.* eademque ratione faciliores ad minuendam , quam ad augendam obligationem : debitori enim magis quam creditori favere consentaneum est humaninati , atque innatae hominis erga hominem benevolentiae. His efficitur , ut si quis duo disjunctim stipuletur , hoc aut illud , debitoris sit electio , utrum praestare malit *l. plerumque* 10. *in fin ff. de jur dot. l.* 2. §. *Scaevola , alias l.* 3. *in princ. ff. de eo , quod cert. loc. l. ubi autem* 75. §. *qui illud aut illud ff. de V. O.* Hinc est , quod siquis stipulanti promittat decem , aut quinque : sola quinque debeat : et si promittat calendis Januariis , aut Februariis , debeat calendis Februariis *l. si ita stipulatus fuero* 12. *ff. de V. O.* quia certum est , debitori magis expedire solvere quinque , quam decem , et calendis Februariis , quae remotiores sunt quam Januariis : ideoque praesumitur initio elegisse minorem summam , et remotius tempus ; atque ita se obligare voluisse , perinde , ac si quinque tantummodo promisisset , itemque

calendis Februariis. Est et aliud ad hanc regulam pertinens exemplum in *l. eum qui ita* 56. *in princ. ff. de V. O.* Quidam stipulatus est sibi, et Titio decem dari. Non utrique decem debentur, sed communiter una decem tantummodo: sicut qui decem legat Titio et Sempronio, intelligitur idem communiter legare.

4 In legatis id occurrit multo frequentius: cum enim unius, ejusque defuncti voluntate constent, saepe dubium, incertumque est, quid, quantumque legare voluerit. Simile superiori exemplo stipulationis profert Pomponius in *l. si ita relictum* 43. §. *ult. ff. de leg.* 2. *Si ita scriptum sit: decem aut quindecim heres dato: pro eo est, ac si decem sola legata sint: aut si ita sit: post annum, aut post biennium heres dato: post biennium videtur legatum, quia heredis esset potestas in eligendo.* Hoc ipsum docet de stipulatione in *l. si ita stipulatus* 12. *ff. de V. O.*

Aliud exemplum legati proponit in eadem *l.* 43. *in* §. 1. *Quod si ita fuerit: quantum unus heres habebit, tantum Tithaso heredes meos dare volo: minor pars erit accipienda, quae venit in legato.*

Non absimile est legatum expositum a Labeone in *l. qui concubinam* 29. §. 1. *ff. de leg.* 3. *Titia heres mea tantam partem habeat; quantulam unus heres. Quintus Mucius, et Gallus maximam partem legatam putabat: contra Servius, Ofilius, Labeo minimam, quia in potestate heredis esset, quam partem daret:* et hoc verum esse Javolenus ait.

Ulpianus in *l. cum servus* 39. §. *Sejo* 6. *ff. de leg.* 1. Qui duos fundos Cornelianos habebat, legavit fundum Cornelianum: minorem legatum respondit, si majorem non potuerit docere legatarius.

Idem respondit nummis indistincte legatis, receptum esse, ut exiguiores legati videantur in *l. nummis* 75. *ff. de leg.* 3.

In sententiis tam judicum, quam arbitrorum idem jus est *l. inter pares* 38. §. 1. *ff. de re jud. Si diversis summis* 5
condemnent judices, minimam spectandam esse Julianus scribit. Inter pares enim numero judices praevalet sententia, quae reo favet *d. l. in princ.* etiam in criminalibus *d. l.* Quamobrem si in querela inofficiosi testamenti pars Judicum pro testamento: pars contra testamentum judicaverit, spectanda est sententia secundum testamentum, quae heredi, scilicet reo favet *l. si pars* 10. *ff. de inoffic. testamen.* Ratio petenda a Paulo, qui *lib.* 4. *sentent. tit.* 12. §. 5. *inter pares enim sententias clementior severiori praefertur: et certe humanae rationis est favere miserioribus, et prope innocentes dicere, quos absolute nocentes pronunciare non possumus.* et a Quintil. *declam.* 254. *Lex jubet eos absolvi, qui pares sententias tulerint. Imputabitis istud publicae misericordiae. Imputabitis humanitati.* Videndus etiam Senec. *epist.* 32. Idem jus in arbitriis *l. diem* 27. §. *si plures ff. de recept. arbit. Si ex tribus arbitris unus quindecim, alius decem; aut quindecim heres dato: pro eo est, ac si decem tertius quinque condemnet. Julianus quinque, scribit, debere praestari, quia in hanc summam omnes consenserunt.*

Non possum tamen assentiri illis, qui extendunt dictam *l. inter pares* ad omnes, qui gaudent aliquo privilegio, imo 6
etiam ad pauperes: et ajunt sententiam pro paupere praevalere sententiae pro divite. Quod enim ait in laudata lege Paulus, in liberalibus causis, praevalere sententiam pro libertate: non potest trahi ad consequentia: tum quia libertas est favorabilior omnibus causis *l. libertas* 122. *ff. de R. J.* et in dubio semper pro libertate respondendum est *l.*

quoties 20. *ff. eod.* et ideo ad alias causas trahi non debet *l. quod vero cum seq. ff. de legib.* tum maxime, quia cum non satis esset favor quo libertatem jura prosequuntur, ad inducendum hoc privilegium, necessariae fuerunt duae constitutiones, quae hoc jus singulare ipsi tribuerent, quarum prima fuit lex Junia Petronia, de qua in *l. lege Junia* 14. *D. de manum.* altera constitutio D. Pii, de qua in *d. l. inter pares D. de re judic.*, ac propterea ad alia trahi non debet, nec produci potest, *l. quod contra* 141. *D. de R. J. l. in omnibus* 68. *D. eod. d. l. quod vero cum seq. D. de legib.* Hoc amplius, in laudata *l. inter pares*, proponit regulam generalem, praeferri sententiam pro reo: excipit solummodo causam libertatis ex constitutione D. Pii: ergo omnes aliae causae continentur in regula generali secundum Neratii responsum in *l. quaesitum* 11. §. *idem respondit* 43. *vers. denique Neratius D. de inst. vel instrum. leg.* nec solum causae civiles, sed etiam criminales in *d. l. inter pares.*

7 Nituntur illi auctoritate Modestini in *l. non puto* 10. *D. de jur. fisc. Non puto delinquere eum, qui in dubiis quaestionibus contra fiscum facile responderit.* Fiscus autem est dives, inquiunt, ergo in dubiis qnaestionibus pro paupere cootra divitem respondendum est. Inepta sane conclusio ex inepta consecutione. Num is, qui cum fisco litigat, necessario pauper est? Annon potest cum fisco litigare etiam locupletior fisco? Certe facilius cum fisco litigat dives, quam pauper. Cur non potius ita concludendum est? Fiscus maximis gaudet privilegiis, sed haec privilegia *ipsi* non prosunt, ut praefatur aliis quoad sententiam Judicis: ergo ea multo minus prodesse possunt aliis privilegiariis. Falsum est igitur, quod inter pares sententias praeferenda sit ea, quae favet privilegiario. Enimvero si in hac lege ageretur de paribus sententiis, evidens esset argumentum: sed vere de quaestione agitur longe diversa; scilicet an delinquat, qui facile in dubiis quaestionibus contra fiscum sententiam dicit. Ratio autem cur non delinquat, non ea est, qnod fiscus sit dives, alter vero sit pauper. Nam saepe 8 numero panper est fiscus; et qui cum fisco litigat, opulentus. Scite Juvenal. *Sat.* 1. *v.* 48.

Exul. ab octava Marius bibit, et fruitur Dis

Iratis, at tu victrix provincia ploras.

Adrianus florente tum temporis Imperio, *aurum coronarium Italiae remisit, in provinciis minuit, et quidem difficultatibus aerarii ambitiose, ac diligenter expositis.* Postmodum tamen praeter congiarium bis populo datum *ad colligendam gratiam nihil praetermittens, infinitam pecuniam, quae fisco debebatur, privatis debitoribus in urbe, atque Italia, in provinciis vero etiam ex reliquis ingentes summas remisit syngraphis in Foro D. Trajani, quo magis securitas omnibus roboraretur, incensis.* Ita Spartianus *in Adrian.* recte dixit *infinitam pecuniam*: nam ut constat ex veteri inscriptione, qnam ad hunc locum affert Salmasius, remisit sestertium novies millies: quae summam efficit viginti duos milliones cum dimidio nostrorum scutorum. Quantum fuisse anctas difficultates aerarii credimus; in quod etiam bona damnatorum redigi jussit, non in fiscum privatum. Capitolin. in *vita Marci Antonini. Cum autem ad hoc bellum omne aerarium exhausisset suum: neque in animum induceret, ut extra ordinem provincialibus aliquid imperaret, in foro divi Trajani auctionem ornamentorum imperialium fecit, vendiditque aurea pocula, et crystallina, et mirrhina vasa etiam regia, et vestem uxoriam sericam, et auratam, gemmasque etiam, quas multas in repositorio sanctione Adriani repererat etc.* Utinam hodierni Principes exempla tam illustria imitarentur. Id. in *Pertinace. Et*

cum tanta penuria aerarium haberet, ut praeter decies HS non se invenisse
9 *fateretur etc.* Sed multo majores fuisse angustias fisci certissimum est Modestini nostri temporibus. Etenim Alexander Severus *leges de jure populi et fisci moderatas, et infinitas sanxit, et vectigalia quantum potuit, contraxit;* et ut aerarii difficultatibus subveniret, *gemmarum quod fuit, vendidit, et aurum in aerarium contulit. Raras enim jusserat esse condemnationes,* ut refert Lampridius. Quid vero rei fuisse putamus in turbulentissima Reip. tempestate, quae mortem Alexandri est consecuta? cum duo Maximini, tres Gordiani, Maximus, Balbinus in diversis orbis partibus Imperium susceperunt. Fuit autem Modesti-
10 nus Maximi Junioris magister. Alia igitur ratio quaerenda est praeter paupertatem: nam et Deus ipse praecipit Exod. 23. 3. *Pauperis quoque non misereberis in judicio.* et Levit. 19. 15. *Non consideres personam pauperis: nec honores vultum potentis.* In judiciis omnes sunt pares: justitia est omnibus eadem.

11 Vera igitur ratio petenda a Plinio in *Panegyr. Trajan. Quae praecipua sua gloria est, saepius vincitur fiscus, cujus mala causa nunquam est nisi sub bono principe.* Et a Cassiodoro *in epist.* 12. *ad advocatum fisci lib.* 1. *Tunc fama nostra proficit, quando se commoditas injusta subducit. Quapropter fit interdum mala causa fisci, ut bonus Princeps esse videatur.* Hoc a bonis Principibus servatum Adrianus, ut diximus, etiam fisci debitoribus debitam pecuniam remisit, et damnatorum bona in fiscum redigi vetuit. De Antonino Pio Capitolin. *in ejus vita. Publicatio bonorum rarior, quam unquam fuit.* Id. de Marc. Antonino. *Delationes quibus fiscus augeretur, contempsit:* et infra: *tributa vel vectigalia, ubi necessitas cogebat, remisit.* De Alexandro Severo jam diximus: caetera omitto, ne mores horum temporum videar reprehendere. His probatis consequens est, non solum inter pares sententias praeferendam esse, quae pro reo est, et contra fiscum: sed etiam si diversis summis condemnent judices, minimam esse spectandam, licet fiscus ipse sit actor, ex dicta *l. inter pares in fine.*

Antequam alio sermonem transferam, 12
monendum est, ea, quae de paribus sententiis diximus, obtinere solummodo in sententiis latis a judicibus jurisdictionem habentibus; non autem a judicibus datis, *l. duo judices* 28. *ff. de re judic.* quia hi nullam habent jurisdictionem, sed tantummodo notionem, hoc est, cognoscendi facultatem juxta Praetoris praescriptum *l. ait Praetor* 5. *in princ. ff. eod.* et ideo non possunt exequi sententiam, sed eam exequi debet magistratus, qui eos dedit *l. a Divo Pio* 15. *ff. eod.* Quamobrem sententia judicum datorum non valet ex ipsorum auctoritate, sed ex auctoritate, et confirmatione Praetoris, qui eos dedit. Quocirca si diversas proferant sententias, et sunt in pendenti, donec Praetor alteram et his confirmaverit *d. l. duo:* neutra enim ullum momentum potest mutuari ab ipsis judicibus datis. Quoniam vero hanc *l.* de judicibus delegatis veteres, qui datos a delegatis non distinguebant, intellexerunt, *S. P. in c. ult. De sentent. et de re jud.* ad delegatos extendit: licet ipsi vere jurisdictionem habeant, cum in eos totum jurisdicendi officium transeat *l.* 1. § *an autem* 4. *ff. de suspect. tut.* et etiam jus exequendae sententiae, argum *l.* 2. *ff. de jurisd. l. ult. offic. ejus.*

His expositis ad contractus, et lega- 13
ta revertor. De contractibus contrarium respondisse videtur Alphenus in *l. in lege* 29. *ff. loc. In lege locationis scriptum erat: Redemptor silvam ne caedito, neve cingito, neve deurito, neve quem cingere, caedere, urere sinito.* Quaesitum, an redemptor solum teneretur prohibere, si quem videret horum aliquid facere: an etiam curare, et operam dare, ne quid horum fieret. Respondet, id curare debere, licet verbum

sinere utramque habeat significationem. Ergo in dubio id, quod plus est, spectare oportet, non id, quod minimum est.

Respondetur, nihil hoc ad rem nostram pertinere. Non agitur hic de ambiguo quantitatis, sed de ambiguo verbi, quod non refertur ad quantitatem. Qui promittit decem, aut quinque, obligatur ad quinque, scilicet in minori quantitate: qui promitit calendis Januariis aut Februariis, obligatur calendis Februariis, *quia minus solvit, qui tardius solvit, l. ut si cui* 12. *in fin. ff. de V. S. et solidum non solvitur, non minus quantitate, quam die l. solidum* 85. *ff. de solut.* Et in his, in quibus agitur de majori, minorive quantitate servanda est hujusmodi regula. Quocirca non possum assentiri DD. qui putant valere sententiam, si ex tribus Judicibus alter condemnet, alter absolvat, tertius absolvat ab instantia causae. Nullam enim valere puto, cum non discrepent in majore, ac proinde in minore omnes consentiunt. Hae quoad naturam substantiamque discrepant. Qui condemnat, est omnino contrarius ei, qui absolvit, qui absolvit, adversatur ei, qui absolvit ab instantia causae: ille enim tollit, ac finit controversiam: hic de controversia nihil decidit, eamque indefinitam, imo iterum et integro disceptandam relinquit: ille absolvit ab obligatione; hic eam relinquit in pristino statu. Sed haec obiter: ad propositam legem redeamus. In laudata *l. in lege*, non pluris, aut minoris obligatur redemptor ratione quantitatis: sed ratione laxioris, aut arctioris obligationis Verbum *Sinere* ambiguum est, et ideo opus est interpretatione; quatenus et vi ejus verbi teneatur. Et quia verba interpretanda sunt secundum naturam actus cui adjiciuntur *l. si cui* 9. *ff. de servit. l. damni* 43. *in princ. ff. de damn. inf.* de natura autem locationis est, ut conductor diligentissime rem conductam custodire debeat, et curare, ne pereat *l. si merces* 25. §. *qui columnam D. locat.* §. *conductor inst. eod. l. in judicio* 28. *C. eod.* quamobrem etiamsi de quantitate ageretur, tamen proposita regula locum non haberet, ad quam solummodo confugiendum est, cum de voluntate nullo modo constat.

De legatis in contrarium respondisse 14
videtur Pomponius in *l. si ita relictum* 34. *in princ. ff. de legat.* 2. *Si ita relictum fuerit: quantum heres meus habebit, tantum Tithaso dari volo: pro eo est, quasi ita sit scriptum; quantum omnes heredes habebunt.* Sed non potest intelligi, Pomponium non probasse propositam regulam, cum secundum eam infra respondeat in §. 1. ubi ait, quod si scriptum sit; *quantum unus heres habebit*: minor pars legata est. Utrumque rectissime: cum legatur: *quantum unus heres habebit:* omnino incertum est, quem heredem voluerit testator designare: ac proinde proposita regula ad ejus voluntatem investigandam est adhibenda. Cum autem legat: *quantum heres meus habebit:* non est obscura testatoris voluntas, cui ipsa verba facem praeferunt. Omnis enim heres eodem modo heres est: omnes pariter heredis nomine continentur: propterea ad omnes simul refertur, *l. in usu juris.* 158. *in fin. ff. de V. S. l. Si pluribus* 84. *ff. de leg.* 2. *l. Si plures.* 98. *ff. de leg.* 3.

Non magis urget, quod scripsit La- 15
beo in *l. qui lancem* 31. *ff. de aur. et arg. leg. Qui lancem maximam, minorem, minimam relinquebat, ita legaverat: lancem minorem illi: mediae magnitudinis videri legatam responsum est, si non appareret, quam lancem et his paterfam. legare voluisset.* Nam et hic Labeo propriam verbi significationem secutus est, quae voluntatem testatoris perspicue demonstrat. Etenim cum tres sunt magnitudinis gradus, quae media est, minor dicitur, *princ. tit. inst. de capit. dimin.* Mart. lib. 4. ep. 2.

Cum plebs, et minor ordo, maximusque, ordo scilicet equestris, qui medius erat inter plebem, at senatum: minimus plebs, minor, equestris ordo; maximus, Senatus. Qui in populo Romano minorem ordinem nominat, non plebem significat, sed ordinem equestrem.

CAPUT XVIII.

Ad L. Titia 38. §. *ult ff. de aur. et arg leg.*

SUMMARIUM.

I. Duae lectiones textus nostri.
II. Illa praeferenda, quae aliarum legum regulis non adversatur.
III. Et qua admissa omnia congruunt, et optime explicatur et n. IV.
V. Favor piae causae an moverit Scaevolam ad ita respondendum.
VI. Causae piae privilegia Scaevolae aetate pauca. Quid pietatis nomine veteres significarent.
VII. Opes apud Romanos pietati non adscribebantur.
VIII. Isti tractaverunt de officiis pietati, quae ad societatem et commercia pertinent, non quae ad cultum Deorum.
IX. Pauperes Romae nulli; a Republica frumentum plebs accipiebat. Frumentatio quid.
V. Congiaria quoque populo dabantur.
VI. Favor piae causae etiam juxta Christianam Religionem, non debet abducere nos a regula proposita in superiore. et n. XII.
XIII. Neque favor dotis.
XIV. Neque Alimentorum.

1 Tertium argumentum contra superiorem regulam hic adjungimus, de quo separatim agere constituimus, quia diligentius est examinandum. Ducitur a difficillimo, controversoque, et pleno dissensionis inter doctos Scaevolae responso in *l. Titia testamento* §. *ult. ff. de aur. et arg. leg.* Scaevola factum ita proponit. Seja testamento caverat, et jusserat ab heredibus suis poni signum Dei, et libris centum in illa sacra aede, et in patria statui subscriptione nominis sui. *Quaesitum est, cum in eo templo nonnisi aut aerea, aut argentea tantum sint dona: heredes Sejae utrum et argento, an et auro signum ponere compellendi sint, an aereum. Respondit secundum ea, quae proponerentur, argenteum ponendum.* Unius verbi controversia acerrimam inter summos Jurisconsultos contentionem excitavit. In quibusdam enim codicibus legitur *aurea*, Si primam lectionem admittimus, nulla est hac de re controversia, quoniam Scaevolae responsum consentaneum est regulae, cum id, quod minus est, legato contineatur. Itaque hoc probato, plana et certa sunt omnia. Si secundam, turbulentissimae tempestates excitantur.

Ergo recte sentire arbitror eos, qui primam lectionem probat. Ea enim sententiam continet cum omnibus aliis legibus. quas adduximus in superiore, consentientem: et regulis juris consentaneam *l. semper in obscuris. l semper in stipulationibus in fine*, *l. semper in dubiis ff. de R. J.* Itaque si certo non constet, Scaevolam ab aliis legibus, et a regulis juris voluisse recedere, aliarum legum regulis id relictum debet intelligi, *l. praecipimus* §. *ult. C. de appellat* atqui certo constare non potest, cum lectio dubia sit controversa: ergo ea praeferenda est, quae aliarum legum regulis non adversatur. 2

Illud etiam me maxime movet, quod admissa hac lectione posteriora prioribus optime conveniant. Nam si legamus: *quaesitum est: cum in eo templo nonnisi aut aurea, aut argentea sint dona: heredes Sejae utrum an et argento, an auro signum ponere compellendi sint:* omnia sunt apta inter se et cohaerentia. In eo templo non erant nisi dona aurea, et argentea: sequitur igitur, ut quaerendum sit, utrum argentum, an aureum, ponendum sit: videlicet cum et duplici materia conflata sint ejus templi donaria et auro, vel argento; utra materia sit praeferenda, argenteum ne, an aureum? Atque ita quaesitum proposito apertissime congruit. Ideo autem primo quaerit de argento, vel auro, nempe de materia, ex qua confecta erant ejus templi dona; ut 3

indicet sequendum esse usum, et consuetudinem templi, ad quam testatricem accomodasse voluntatem suam praesumitur. Nam ex loci consuetudine sumitur conjectura voluntatis, *l. si servus plurium* 50. §. *ult. ff. de legat.* 1. *l. semper in stipulationibus* 34. *ff. de R. J. l. heres* 21. §. 1. *in fin. ff. qui test. fac. possint*. et in obscuris inspiciendum est, quod plerumque fieri solet *l. in obscuris* 114. *ff. de R. J.* cum igitur in eo templo, non plerumque, sed semper solitum fuisset poni signa ex auro, vel argento, optime Scaevola primum inspexit, et observavit, ex qua materia donaria in eo templo poni solerent, et de hoc primo quaerendum esse existimavit. Quoniam vero cum hac regula pugnare videtur alia regula, qua praescribitur minimum esse spectandum: idcirco separatim subjecit etiam *aereum*, quod multo vilius est aureo et argenteo. Verum, quia conjectura sumpta a consuetudine loci praevalet alteri de minimo praestando, et hac uti solemus solummodo illa deficiente: *l. nummis* 75. *ff. de leg.* 3. *l. semper in stipulationibus* 34. *ff. de R. J.* idcirco Scaevola juxta hanc regulam ad id, quod in eo templo solitum erat, responsum accommodavit. Neque tamen ab alia regula recessit, sed utramque servavit, nam et materia, ex qua solita erant poni signa, viliorem elegit; nempe argentum, quod auro vilius est. Hoc autem loco monendum est, Cujacii explicationem non posse defendi, qui supponit in eo templo triplicis materiei anathemata fuisse, aurea, argentea, aerea, et Scaevolam elegisse mediam materiam. Ipsum enim erroris manifesti convincunt illa Scaevolae verba: *nonnisi*: et *tantum*, quae nihil dubii relinquunt. His probe constitutis liquet hac admissa lectione congruere omnia, et cohaerere, et esse ad explicandum expeditissima.

4 Quod si legeris: *quaesitum est, cum in templo, nonnisi aerea, aut argentea tantum sint dona, heredes Sejae utrum ex argento, an ex auro signum ponere compellendi sint*: nec vincta, nec cohaerens est oratio, nec praepositae rei quaestio respondet. Etenim cum proposuerit templi dona esse vel aerea, vel argentea, huic propositioni consequens erat, quaerere primum, an et aere, vel et argento signum ponere oporteret. Quorsum hic de auro quaerit, quod ante non nominavit? sane quaestio non oritur ex propositione, nec ab ea pendet. Ac si volebat etiam aurum comprehendere, rerum ordo postulabat, ut deinceps separatim de signo *aureo* quaereret, quemadmodum de *aereo* fecit, quod adjecit post perfectam orationem: et quidem recte, quia ipsum in facto proposito non nominavit. Praesertim, quia de aureo vix ulla poterat incidere dubitatio. Primum quia si nulla erant in templo dona aurea, verisimile non est, Sejam de signo aureo cogitasse. Semper autem in investiganda voluntate testatoris, quod verisimile est, sequi debemus, *l. semper in obscuris* 114. *ff. de R. J. l. insulam* 13. *ff. qui pot. in pign. l. cum qui ita* 56. *ff. de V. O. l. qui bis idem* 18. *ff. eod.* Praeterea, quia, cum Seja definiverit pondus centum librarum non definiverit materiam, manifeste ostendit voluisse poni signum ex materia, quae erat in usu illius templi: alioquin potuissent heredes etiam ligneum, vel fictile signum ponere, cujusmodi erat in usu ante devictam Asiam, ut refert Plin. *lib.* 34. *cap.* 7. Denique quia verisimile non est, eam poni voluisse statuam auream centum librarum quae nonnisi immenso propa sumptu perfici potuisset nempe plusquam duodecim millium scutorum. Quamobrem si in templo nulla fuissent aurea donaria, et anathemata, ineptae Scaevola principaliter in controversiam vocasset, an deberet poni signum aureum, quod vix poterat habere dubitationem.

Qui legunt *aerea*, in varias ivere sententias inextricabilibus difficultatibus 5

implicati. Omnium magis communis est sententia, id Scaevolam respondisse propter favorem piae causae, quo efficitur, ut non minimum, sed maximum debeatur. Ego autem pro certo ausim affirmare, Scaevolam favore piae causae nequaquam adductum fuisse ad respondendum contra juris regulas. Etenim de pietate nullum omnino verbum. Respondit secundum ea, quae proponerentur: atqui ipse nihil proposuit, nisi diversitatem materiae, ex qua confecta erant templi donaria. Huc igitur spectat ejus responsum. Veteres J. C. quando aliquid favore, et ex causa pietatis contra regulas juris respondent, id solent indicare: rationem enim, cur contra rationem juris respondeant, afferant necessse est, ne inepte falsoque, et contra leges respondisse videantur. Pueros, et puellas alimentarias primus Trajanus instituit: auxit numerum, Adrianus, et ut eos largius liberaliusque tractaret, definivit, puerilem aetatem in pueris usque ad decimum octavum protendi, in puellis usque ad decimum quartum: idque confirmavit Imperator Alexander. Ulpianus tamen in *l. Mela* §. 1. *ff. de alim leg.* licet duobus Imperatorum rescriptis adjuvaretur, non est ausus extendere ad alimenta usque ad pubertatem relicta nisi subsidio pietatis adscito: *Sed etsi generaliter pubertas non sic definiatur, tamen pietatis intuitu in sola specie alimentorum hoc tempus aetatis esse observandum, non est incivile* Vide si vis quam circumspecte, quam restricte contra regulas juris rescripta Imperatorum extendat ad legatum alimentorum. Non aliter Julianus causam pietatis expressit, ut a regula juris recederet in *l. cum is* 32. §. 2. *ff. de condict. ind.* Ipse Imperator causam pietatis indicat, cum propter eam, vel minimum a jure recedit *l. in testamento* 38. *ff. de fideic. libert.* Ibi *pios tamen filios debuisse manumittere eam, quam pater dilexisset.* Idem etiam innuit Justinianus in *l. ancillam C. de fideic. libert.* et Severus et Ant. in *l.* 1. *C. de negot. gest.* Idem Scaevola in *l. uxorem* 41. § *codicillis ff. de leg.* 3. Ulpianus in *l.* 1. §. *quinimo ff. de suspect. tutor.*

6 Secundo, quia Scaevolae aetate nondum inoluerant tot, ac tanta piae causae privilegia, quae post propagatam Christianam religionem, quae charitatis lege fundatur, introducta fuerunt partim a Christianis Imperatoribus, partim a Pontificibus Maximis: potissime vero a nostris doctoribus, qui a libertate, a dote, ab alimentis exempla duxerunt, et ad pias causas veterum responsa traxerunt. Veteres pietatis nomine significabant cultum, et officium, quod alter alteri exhibet adstrictus summa necessitudine summaque conjunctione. Hinc pietas parentum in liberos *l. nec in ea* 29. §. *ult. ff. ad leg. Jul. de adult. l.* 1. §. *sed si libertus ff. si quid in fraud. patron. l. ult. C. de alend. liber. l. Nesennius* 34. *ff. de negot. gest. l. liberto* §. *quamquam ff. eod. l. alimenta C. de negot. gest. l.* 1. *Cod. eod. l.* 2. *ff. de inoff. testam.* Pietas fratrum inter se *l. ult. ff. fam. erc isc. l. alumnae* 30. *in princ. ff. de adim. leg. l. ex duabus* 27. *in fin ff. de negot. gest.* Pietas erga conjunctos *l.* 3. §. *quin imo ff. de susp. tut l.* 6. *C. eod.* Pietas erga defunctos *l. parentes* 23. *ff. de his qui not. infam. l. et si quis* 14. §. *sed interdum* 7. *ff. de relig. et sumpt. fun.* Scite, ut semper, Cicero *lib.* 2. *de invent. Pietatem appellant, quae erga patriam aut parentes aut alios sanguine conjunctos officium conservare moneat.* rursus: *Pietas est, per quam sanguine conjunctis patriaeque benevolis officium, et diligens tribuitur cultus.* et in *Partit. Justitia erga parentes est pietas.* et *pro Plancio. Quid est pietas, nisi voluntas grata in parentes.* Enimvero potissimam pietatem erga Deum esse censebat, sed eam animi virtute collocabant in Deum propensi. Id. Cicero *pro domo sua. Nec est ulla erga Deos Pietas nisi honesta*

de numine eorum, *ac mente opinio : cum expeti nihil ab iis*, *quod sit injustum*, *atque inhonestum arbitrari.* et *pro Aulo Cluent. neque intelligit pietate*, *et religione*, *et justis precibus Deorum mentes*, *non contaminata superstitione*, *neque*, *ad scelus perficiendum caesis hostiis posse placari;* et *de nat. Deor.* 1. *Quorum si vera sententia est*, *quae potest esse pietas*, *quae sanctitas*, *quae religio ? haec enim omnia pure ac caste tribuenda Deorum numini sunt.* Caeterum opes pietati non adscribebant. Id. Cic. 2. *de legib.* hanc primam legem sancit *: Ad Deos adeunto caste : pietatem adhibento*, *opes amovento.* Subdit in ejus explicatione opes *amoveri jubet significat probitatem gratam esse Deo*, *sumptum esse removendum.* Vide reliqua. *Persius Sat.* 2. *In sancto quid facit aurum ?* Haec erat opinio ejus sapientum. Quantum autem attinet ad jurisconsultos : eorum munus erat tractare de officiis pietatis, quae ad commercia pertinent, et ad tuendam hominum inter homines societatem, caritatem, felicitatem. Quamobrem de pietate, quae in danda dote, in praestandis alimentis, in danda libertate, in mortuis sepeliendis *l.* 1. §. *Sed libertus ff. si quis in fraud. patr. l. Nesennius* 34. *ff. de negot. gest. l. parentes* 23. *ff. de his qui not. inf. l. et si quis* 14. §. *sed interdum ff. de relig. et sumpt. fun. l.* 2. *ff. de inoffic. testam. l. ult. ff. fam. ercisc. l. testamento* 38. *ff. de fideicom. libert. l.* 1 §. *penult. C. de comm. servo manum.* Cultus autem Deorum Pontifices curam gerebant : templa curabant AEdiles : et triumphatores plerumque devictarum gentium spoliis ornabant. Nulla in his opera, studiumque jurisconsultorum. Pau-
6 peres Romae nulli : a Rep. enim frumentum plebs accipiebat. Primus Manius Marcius AEdilis pleb. frumentum populo in modios assibus donavit. Plin. *lib.* 18. *cap.* 3. secuti sunt exemplum alii postea AEdiles ; deinceps Tribuni pleb. de quibus Plin. *ibid.* Livius *lib.* 4. *lib.* 31. *Lib.* 60. in Epitoma, donec Claudius lata lege frumentaria gratis dedit, ut testatur Asconius in Miloniana. Imperatorum tempore crevit frumentatio. Bellis civilibus auctus est frumentantium numerus usque ad viginti et trecenta millia civium. Cesar tamen ad centum quinquaginta retraxit. Sveton. *Caesar. cap.* 41 Augustus iterum auxit ad ducenta millia. Dio, *lib.* 55. Rursus videtur auctus a Tiberio, ut innuit Tacit. *lib.* 6. *annal cap.* 13. Sed ad Scaevolae aetatem veniamus. Spartian. in vita Severi. *Moriens septem annorum canonem*, *ita ut quotidiana septuaginta quinque millia modiorum expendi possent*, *reliquit : olei vero tantum*, *ut per quinquennium non solum urbis usibus*, *sed et totius Italiae*, *quae oleo egeret*, *sufficeret.* Hac frumenti copia quinquaginta, et quadringenta millia hominum alebantur, si in singulos quinque modii in menses distribuebantur ; ut de servis ait Seneca *epist.* 80. *servus est*, *quinque modios accipit*, *quinque denarios.* Arbitror tamen multo plures innutritos fuisse : sunt enim admodum pauci, qui tantum panis absumant : pendunt enim libras circiter centum viginti, quae plus satis supersunt robusto, et voraci. Quid senes, quid mulieres, quid pueri, num indigent tam largo cibo ? Plane milites, qui largius cibandi sunt, ut militiae laboribus sufficere possint, quatuor tantum modios menstruos accipiebant et cum panis pro frumento dari coepit, trilibres panes distribuebuebantur ; quia in gradibus distribuebantur, ideo panes gradiles dicebantur, de quibus in C. Theod. *de annon. civic. et pan gradil.* Frumentum aut per tesseras frumentarias distribuebant, quae in commercio erant, vendique et legari poterant ; nec globus ille ligneus venditione aut legato continebatur, sed quantitas, et aestimatio rei, quam quis tessera illa consequi poterat, *l. mortuo* 49. §. 1. *l. Titia Sejo* 87. *ff. de leg.* 2. *l. sed etsi*

52. §. 1. *ff. de judic.* His autem tesseris oleum etiam populo plerumque praebebatur, maxime ad usum balnei. Vide
10 Liv. *lib.* 25. Sveton in *Caesar. cap.* 38. *Populo praeter frumenti denos modios, ac totidem olei libras, tricenos quoque nummos, quos pollicitus olim erat, virium divisit, et hoc amplius centenos pro mora* Videndus etiam Spartian. in *Severo* cujus verba supra retulimus: et Lamprid. in *Alexandro.* Sveton. in *Nerone cap.* 21. ubi etiam de veste, auro, argento etc. De Tito idem scribit Xiphilin in Epitom. Dion. Frequentissimus autem erat jactus missilium: Adde congiaria, quae populo largiebantur. Sueton. in *Augusto. Congiaria populo frequenter dedit, sed diversae fere summae, modo quadragenos, modo tricenos, nonnunquam ducenos quinquagenosque nummos: ac ne minores quidem pueros praeteriit, quamvis nonnisi ab undecimo aetatis anno accipere consuesset.* Pueris, puellisque subvenit Trajanus, qui ad quinque millia ali jussit. Plin. in *Panegyr.* Multos adjecit Adrianus: Antoninus Pius Faustinianos, et Faustinianas adjunxit. Marcus et Verus pueros, et puellas novorum nominum frumentariae perceptioni adscribi praeceperunt. Alexander Mammaeanas, et Mammaeanos instituit. Adrianus pro Veri adoptione ter millies exercitui populoque dependit. Omitto alia: satis enim ex his constat nullam tum temporis causam fuisse tot privilegia introducendi favore piae causae, atque adeo graviter errare, qui haec referunt ad JC. veteres.

11 Tertio, quia ipse Pontifex Maximus Innocentius III. decrevit, favorem piae causae non esse tanti momenti, ut nos abducat a poposita regula, et ab Ecclesia minorem summam esse exigendam in *cap. et parte* 18. *de censib.* Cui poterit esse persuasum, piae causae favorem tantum apud Scaevolam valuisse, qui nullum habuit momentum apud Pontificem?

Quidam, qui pro certo habent Scaevolam ita scripsisse, et templi favore et divini cultus adductum, eo confugiunt: Scaevolam respondisse de eo, quod debetur Ecclesiae: Pontificem de eo, quod debebatur personis Ecclesiasticis. Sed haec distinctio non convenit facto: nam ex voto Regis Ranemiri, quod refert Gonzal. ad explicationem hujus capit. constat. Regem donasse D. Jacopo, et ejus Ecclesiae. Ibi: *deliberavimus statuere Patrono, et Protectori nostro beatissimo Jacobo donum aliquod in perpetuum permansurum;* et infra. *Haec omnia donativa vota, et obligationes (sicut superius diximus) per juramentum nos omnes Christiani Hispaniae promisimus annuatim Ecclesiae B. Jacobi etc.* et rursus. *Et ea, quae ad honorem tuum (pater Omnipotens) B. Jacobo Apostolo tuo dedimus, et offerimus de eis, quae per te (ipso opitulante) acquisivimus nobis, et successoribus nostris proficiant ad salutem animarum.* 12

En! Oblatio facta B. Jacobo ad honorem Dei, et remedium animarum. Futilis est etiam illa distinctio, quia magis colitur et honoratur Deus per sacerdotes, qui preces, qui vota fidelium, qui sacrificia pro peccatis offerunt Deo, quam per muta, atque inania signa, quae os habent, et non loquuntur: nec quisquam, ut puto, arbitratur, minus coli Deum in Ecclesiis Cappuccinorum, in quibus nihil est auri atque argenti, quam in aliis splendidissimis auro, argentoque: aut eorum sacrificia Deo minus esse grata, quod offerant sub paupere tecto. 13

Opponitur *l. nuptura* 57 *ff. de jure dot.* Sed ea nihil ad rem nostram. Neque id statuitur ob privilegium dotis, sed propter propriam verborum significationem, a qua recedendum non est, nisi constet de contraria voluntate proferentis. *l. non aliter* 69 *ff. de legat.* 3. Filiusfam. ex omnibus causis, excepto mutuo, obligatur tamquam paterfam. *l. filiusfam.* 39. *ff. de obl. et act. l. tum* 14

ex contractibus 57 *ff. de jud. l.* 3. §. *is autem ff. ad S. C. Maced.* Itaque vere, atque proprie debet. Quocirca, cum mulier doti esse jubet, quod sibi filius debet, secundum verborum significationem doti esse debet omnis pecunia, in quam filius obligatus est: debet enim non solum eam, ad quam pater tenetur de peculio, vel de in rem verso, sed omnem, qua pariter est obligatus. Praeterquam quod duci non potest argumentum a dote ad nostram quaestionem: nam dotium causa ad publicam utilitatem pertinet *l.* 2. *ff. de jur. dot.* nihil autem Reip. interest, argenteae, an aureae statuae ponantur in templo. Religionis quidem maximam curam habebant Romani, sed sacrificia, supplicationes, lectisternia, publica auctoritate decernebantur. Enimvero nusquam scriptum est horum legatorum causam semper, et ubique praecipuam esse, quod de dote traditum in *l.* 1. *ff. sol. matr.*

Opponunt etiam *l. libertis* 18. §. *posthumi ff. de alim. leg.* Sed illud respondit Scaevola ex verisimili mente testatoris, quem credi non potest voluisse adimere tertiam partem alimentorum servis illis, quos manumiserat, et adeo dilexerat, ut praeter alimenta, etiam pecuniam legaverit; adeo ut non habeant amplius, unde se alant. Non movetur igitur Scaevola favore alimentorum, sed a verisimili argumento, quod etiam legata ex substitutione integra praestanda esse dixit, in quibus non continebantur alimenta. Porrò Summus Pontifex in *d. c. ex parte de censib.* neque favore alimentorum, quae praestanda erant canonicis ex voto Regis: neque favore piae causae, et Ecclesiae, potuit abstrahi ab observanda regula, quam defendimus. Imo nec propter salutem animarum recessit ab hac regula. Licet Rex in donatione etiam hanc causam expresserit, tamen S. P. minorem mensuram praestandam esse respondit. Quod maxime notandum, quia DD. nostri in hujusmodi quaestionibus eam magnifice jactant, et exaggerant: eaque sola plerumque nituntur.

CAPUT XIX.

Ad L. si pluribus* 73. *vers. scilicet ff. de leg.* 1. *et alias.

SUMMARIUM.

I. Si appareat testatorem utrique legatario solidum dare voluisse, tunc alteri res praestanda est, alteri aestimatio.
II. Legato duobus usufructu interdum unus totum percipit.
III. Conciliatur L. Et Proculo 20. ff. de leg. 1. cum L. 1. § 1. ff. de usufr. accresc. et n. IV. V.
IV. Facilius admittitur jus accrescendi in usufructu, quam in proprietate.
VI. In legato quantitatis totum legatum interdum percipit uterque legatarius.
VII. Si appareat testatorem primo voluisse adimere id, quod secundo legavit, totum secundo debetur.
VIII. Legatum per damnationem disjunctim relictum utrique totum debebatur, uni quidem res ipsa, alteri vero aestimatio.
IX. Legatum relictum duobus, quorum unus acquirere non possit, uni totum debetur.
X. Quod legatum non est nullum, sed valet in persona capere valentis, et trahit ad se alteram partem, et n. XI.
XII. Afferuntur textus, quibus probari videtur legatarii non accipientis partem, alteri non accrescere et n. XVI.
XIII. Et in iis agitur de legato per damnationem, in quo non habebat locum jus accrescendi.
XIV. Explicatur L plane 34. §. si conjunctim ff. de leg. 1.
XV. Res aliena per vindicationem relinqui non potest.
XVII. Verba, quae ad heredem diriguntur, propria sunt legati per damnationem.
XVIII. Exponitur L. si duobus 16. ff. de leg. 1.

Explicandum superest, quid juris sit, cum pluribus eadem res legatur. Quoties pluribus eadem res legata fuit, omnibus pro parte debetur: aliquando tamen tota vel omnibus, vel uni tantummodo.

Primum, si appareat utrique solidum dari voluisse testatorem: quo casu alteri res, alteri praestanda est rei legatae aestimatio, electione rei, vel pretii, servanda ei, qui prior litem contestatus est, *l. si pluribus* 33. *vers. scilicet ff. de leg.* 1. *l. nutu* 21. §. 1. *D. de leg.* 3. *l. un.* §. *ubi autem* 11. *vers. hoc autem. C. de caduc. toll.* Hoc autem

non admittitur nisi testator apertissime, et expressim disposuerit *d. l. un. et d. l. si pluribus* 33. apertissime autem, et expressim videtur disposuisse, veluti si dixerit, *Titio, et Maevio singulos servos do, lego*: vel quod clarius est: *Titio servum do, lego, Maevio alterum servum do, lego, l. hujusmodi* 84 §. *penult. ff. de leg.* 1. Idem igitur erit dicendum, si fundi partem borealem uni legaverit, australem alteri: nam licet unus sit fundus, tamen testatoris destinatione duo fundi esse incipiunt *l. recte dicimus ff. de V. S. l. si quis duas* §. 1. *ff. commun. praed.* ubi idem in aedibus divisis: quamobrem non sunt conjuncti hi neque re, neque verbis, sed uterque consequitur suum fundum, suas aedes, neque uno deficiente pars vacans alteri accrescit. Longe aliter se res habet in legato ususfructus: nam si Titio fundus, Maevio ususfructus legatus fuerit: Maevius non habet integrum usumfructum totius fundi, sed dimidium tantummodo: Titius autem et totum fundum et dimidium ususfructus consequetur *l. si tibi decem* 6. *ff. de usufr. ear. rer.* Hoc ideo, quia cui legatur fundus, non nuda proprietas, sed proprietas cum usufructu legatur: ea propter utrique tam Titio quam Maevio legatus est ususfructus, atque adeo debet communicari *l. si alii* 19. *ff. de usufr. leg.* Dimidium quoque ususfructus habet is, cui legatus est ususfructus, si fundus duobus legatus fuerit *l. Sempronius* 26. §. *ult. ff. eod. l. si proprietas* 9. *ff. de usufr. accresc.* Siquidem duobus illis legatus sit fundus conjunctim; quia tunc pro una persona habentur, et unius potestate funguntur *l. plane* 34. *in princ. ff. de leg.* 1. *l. un* §. *his ita definitis vers. Hoc ita tam C. de caduc. toll.*

2 Secundo totum legatum percipit legatarius interdum in legato ususfructus, etiamsi ille duobus fuerit legatus, et uterque in eo concurrerit. Finge, relictus est ususfructus servo communi: unus ex dominis, cui jam acquisitus erat pro parte dominica, illum amittit, totus pertinet ad alterum dominum *l.* 1. §. 1. *ff. de usufr. accr.* Rursus, legatus est duobus ususfructus, uterque legatum agnoscit, alter tamen postea eum amittit; totus ad alium pertinet, nec pars vacans ad proprietatem revertitur *ead. l.* 1. §. *interdum.* Atque hoc ideo placuit, quia ususfructus quotidie constituitur, ac legatur, non autem semel, ut proprietas: proinde cum amittitur ab altero ex collegatariis, alteri pars ejus accrescit, quemadmodum accresceret, si ab initio repudiasset, aut acquirere non potuisset *d.* §. *interdum.* Eadem ratione fit, si legatarius rogatus fuerit usumfructum sibi legatum Titio restituere, et Titius post factam sibi restitutionem moriatur: ususfructus ad legatarium revertatur, eumque obtineat, perinde ac si Titius mortuus ante fuisset *l. si quis Titio* 17. *D. de leg.* 2.

Contrarium tamen in legato relicto 3
servo communi respondit Celsus de patris sui sententia atque auctoritate in *l. et Proculo* 20. *D. de leg.* 2. ubi legatum servo communi relictum, uno e dominis omittente, alteri non accrescere asseverat; idque confirmat auctoritate Proculi, Celsique patris sui. Julianum a Celso, et Proculo dissensisse non est ambigendum: utpote qui erat sectae contrariae Proculejanis. Certissimo est argumento, quod refutat, ac rejicit rationem, qua Celsus movetur ad fundandam suam opinionem. Celsus in hac lege ait: *non enim conjunctim, sed partes legatas. Nam ambo si vindicarent, eam quemque legati partem habiturum, quam in servo haberet.* Respondet huic rationi Julianus in *l.* 1. §. 1. *D. de usufr. accresc. et licet dominis ususfructus non aequis partibus, sed pro dominicis acquiratur, tamen persona ejus, non dominorum, inspecta, ad alterum ex dominis pertinere, non proprietati accedere.* Recte sane: persona servi spectanda est, non dominorum: legatum enim servo datum est ipsius

servi contemplatione *l. ult. in fin C. de usufr.* Et sane quid refert, an legatum aequis partibus, an pro dominicis acquiratur? Partes non a testatore distributae sunt, sed a lege per acquisitionem. Itaque si unus ex legatariis socii partem redemisset, non scinderet legatum, sed in solidum alterius partis emptori acquireretur. Quamobrem inspicienda est persona servi, cui legatum relictum est: qua inspecta nulla potest major, et fortior excogitari conjunctio. Unus enim, et idem est legatarius, unus, et idem fundus legatus. Et quamvis non videatur esse locus juri accrescendi, quod non potest esse in una eademque persona; tamen licet servus sit unus, ratione dominorum quasi duo servi sunt *l. si fundum* 81. §. 1. *de leg.* 1. Atqui scinditur inter dominos pro partibus dominicis. Quid tum? etiam legatum disjunctim, aut conjunctim relictum concursu utriusque legatarii scinditur, num idcirco pars vacans alteri non accrescit? *l. un.* §. *sin vero C. de caduc. toll. l. re conjuncti* 89. *D. de leg.* 3. Quid autem interest in partes aequas an in dominicas dividatur? Imo nec dividitur quidem altero ex dominis omittente legatum; sed totum ad alterum pertinet; et quidem ex tacita voluntate testatoris. Qui enim servo legat, quem scit sibi ipsi acquirere non posse, sed necessario ex dispositione legis domino acquisiturum, utique consentit, dominis ejus, vel domino quicumque is fuerit, acquiri legatum. Argumento est, quod si servus duorum stipuletur, et alter ex iis non possit acquirere: alteri totum acquiritur *l.* 1. §. *communis l. item si* 9. *in princ. D. de stip. servor.* Praeterquam quod servus duorum communis in acquirendo duorum servorum personam sustinet *d.* §. *communis* Quid ni pars unius personae accrescat alteri? Potest ne quisquam conjunctior esse alteri, quam ipse sit sibimetipsi? Optime igitur ait Julianus; *tamen persona servi non dominorum inspecta, ad alterum ex dominis pertinere.* Quid multa? Non dubito Juliani sententiam esse verissimam.

4 Veruntamen, quia defendere, tenemur nihil in jure nostro esse contrarium, et leges legibus non discordare; conplurium facilis est, et expedita concordia, videlicet Julianum agere de legato ususfructus: Celsum de legato proprietatis. Facilius autem admittitur jus accrescendi in usufructu, quam in proprietate. Etenim in usufructu pars etiam acquisita, et postea amissa accrescit, non vero in proprietate *l.* 1. §. *interdum D. de usufr. accr.* Item ususfructus accrescit etiam non habenti partem, quia accrescit personae, non rei, *l. interdum* 10. *D. eod. l. si Titio* 33. *in fin. D. de usufr.* Secus proprietas *l. si totum* 83. *D. de acquir. hered.* Vir doctus imprimis, Merillius in *Paradox. de jur. accresc. cap.* 11. aliam affert differentiae rationem, scilicet, quod ususfructus personae accrescit, proprietas rei: laudatis modo *ll.* Ego neutram probo: nam ratio, cur legatum ususfructus communi servo relicti, uno ex dominis omittente, accrescat alteri, tradita a Juliano, et Ulpiano longe diversa est; nec a natura ususfructus deducitur, nec a discrimine inter usumfructum, et proprietatem. Ratio enim, quam asserunt, ea est, quod spectanda est persona servi, cui relictum est legatum, non vero persona dominorum, aut aequalitates, vel inaequalitates partium, ut Celsus ajebat.

5 Quod si cuipiam religioni sit dicere, Julianum a Celso dissidere, nullamque esse differentiam inter legatum ususfructus ac proprietatis: commode, ac non ineleganter, ut mea fert sententia, poterit Julianum Celso; et legi legem ita conciliare. Julianus non reprobat rationem allatam a Celso, quod dominis legatum non sit pro aequis partibus relictum, ut fieri solet in his, qui verbis conjunguntur: habent enim partes inaequales; easque non assignat ipsis testato-

ris dispositio, sed ratio dominicae portionis, quam singuli habent in servo. Quapropter domini conjuncti non sunt, non re, quia ipsis non est legatus fundus, sed legatus est servo, non verbis, quia illos testator verbis non conjunxit: cum eorum nullam mentionem fecerit: sequitur igitur, ut non habeant jus accrescendi. Hanc, inquam, rationem Celsi, non impugnat Julianus, sed ait, quod licet illi habeant legatum, non pro aequis partibus assignatis a testatore, sed pro dominicis, quas ipsis tribuit ratio dominii, tamen hoc in usufructu non impedit, quominus uno omittente, totum ad alterum pertineat. In usufructu enim spectanda est persona servi, non dominorum. Quid ita? quia, ut explicat infra Ulpianus, ususfructus quotidie legatur, et constituitur. Idque affirmat de sententia ipsorum Juliani, et Celsi. Credendum igitur est, nec Celsum in legato ususfructus aliter fuisse responsurum. Quoniam si usufructus constituitur tunc, cum ille repudiat, nulla causa est, cur non totus alteri acquiratur, qui neminem invenit, qui secum concurrat *d.* §. *interdum in fin.* Quod autem Julianus speciatim agat de legato ususfructus, non de legato in genere, de quo Celsus: constat ex verbis *d.* §. 1. Ibi: *et licet dominis ususfructus non aequis partibus, sed pro dominicis acquiratur etc.* quasi dicat, licet proprietas non accrescat, quia non aequis partibus etc. tamen ususfructus accrescit ea ratione, quam diximus, ob quam differt a proprietate, quod notat mox Ulpianus in *d.* §. *interdum in fin.* Ea propter a vero alienum non puto, quod viri doctissimi existimarunt, etiam legatum proprietatis, altero ex dominis repudiante, vel omittente, totum alteri acquiri: si non jure accrescendi, saltem vi dominicae potestatis, ex his, quae tradita sunt in *l.* 1. §. *communis* et in *l. proinde* 7. *in fin. cum duabus seqq. ff. de stipul. serv.* Ibi: *quod cum alteri ex dominis acquirere non potest: id ad eum, qui ad obligationem admittitur, pertinet,* et *l. si communis* 17. *D. eod. et* §. *ult. in fin. inst. eod. l. Plautius* 49. *in princ. vers. communi D. ad leg. Falcid. l. verum* 63. §. *si servo* 9. *D. pro soc.*

Tertio, totum et integrum legatum aliquando percipit uterque legatarius in legato quantitatis. Si legentur Titio, et Maevio decem; utique singulis quina debentur *l. si quis testamento* 79. *D. de leg.* 1. *l. plane* 34. §. *sed si non corpus D. eod. l. eum qui* 56. *in princ. D. de V. O. l. cum Stichus* 29. *in fin. D. de solut.* Nam quamvis summa omnibus sit adscripta, enumeratione tamen personarum videtur esse divisa, *l. cum fundus* 56. *vers. nam quamvis D. de cond. et dem.* Contra si quis legaverit Titio, et Maevio dena, vel quina, utrique integra summa decem, vel quinque debentur. Nam quina, dena, centena, vim habent multiplicandi summam, non dividendi: et *quina* significant singulis quinque: *dena* singulis decem: *centena* singulis centum: et reliqua ejusmodi, ut recte notat Valla *elegant. lib.* 3. *c.* 5. et omnes veteres Grammatici. Atque in hac significatione usurpant haec verba nostri Jurisconsulti, ut in *l. ult. vers. cum deberet D. de tribut. act.* in *l. cum duos* 25. *D. de cond. ind. et l. si duos* 47. *D. de evict. l. libertis* 15. *D. de oper. libert.* Eamdemque vim habent etiam, quoad tempus *l.* 3. *in princ. D. de an. legat. l. si ita stipulatus* 126. *in princ. D. de V. O.* Probe errat Accursius, et cum eo alii nonnulli, qui putant quina significare decem, dena viginti etc. Quina significant quinque. dena decem: sed toties multiplicata, quot sunt personae, vel anni, ad quos referuntur: decem singulariter accipiuntur: dena multipliciter: decem distribuuntur, ac dividuntur juxta numerum personarum: et annorum: dena multiplicantur. Itaque illa nunquam excedunt numerum designatum: haec aliquando viginti, triginta etc. complectuntur. Ad

propositum pertinet, quod a Labeone traditum fuit in *l. qui quatuor* 30. *ff. de leg.* 3. *Qui quatuor pocula oleaginea habebat, ita legavit: pocula oleaginea paria duo: respondi unum par legatum esse, quia non ita esset: bina paria; neque ita: poculorum paria duo. Idem, et Trebatius.* Vide quam addicti essent grammaticorum regulis veteres Jurisconsulti, ut voluntates vivorum, ac defunctorum interpretarentur recte, et ad veritatem, quod hodie vix potest servari, quoniam illi, qui testamenta scribunt, aut contractus, sunt latini sermonis expertes, et imperiti. Idem dicendum est, si quis separatim legaverit decem. *Titio decem lego: Maevio decem lego.* Non enim legat utrique eadem decem, qui ita disjungit, ac separat legatarios, sed alia decem: scilicet Titio una decem: Maevio altera decem: unicuique decem. Si voluisset una decem tantummodo legare inter eos dividenda, conjunctim legasset utrique, non separatim unicuique decem assignasset, ac summam multiplicasset, eam in utriusque legato repetens.

7 Quarto, si appareat testatorem primo adimere voluisse, quod secundo legat, et in eum transferre, quod primo legaverat, veluti: quod Titio legavi, Sejo do, lego, *l. sicut* 5. *D. de adim. leg.* Verumtamen ex verisimili mente testatoris, si generali sermone translatum sit; si non in specie id, quod primo legavit, secundo leget: non creditur voluisse transferre, sed in eadem re utrumque conjungere. Ut in *l. uxorem* 41. §. *felicissimo* 3. *D. de leg.* 3. *l. servis* 99. *in fin. D. eod.* Item si quod uni legaverat, postes repetat, et primo secundo adjungat: ut in *l. quid ergo* 53. §. 1. *D. de leg.* 1.

8 Quinto, jure veteri si legatum erat disjunctim per damnationem, utrique totum legatum debebatur: scilicet uni res, alteri aestimatio, Ulpian. in *fragment. tit.* 24. *de legat.* §. 12. *et* 13. Cajus *inst. lib.* 2. *tit.* 5. §. 5. Paul. *lib.* 3. *sentent. tit.* 8. *de legat.* §. 2. et innuit Iustinianus in *l. un.* §. *Ubi autem vers. in uno tantum C. de caduc. toll.* Et haec erat differentia inter legatum damnationis, et vindicationis, ut notat Cajus eo loco. In utroque quidem legato utrique solidum initio debetur spectatis verbis testatoris, quibus utrique totum relinquit, sed in legato vindicationis utroque legatario concurrente partes fiunt, et alter ab altero vicissim partem abstrabit *l. un d.* §. 11. *vers sin vero C. de caduc. toll.* In legato vero per damnationem non solum utrique solidum debebatur, sed uterque solidum consequebatur, neque concursu partes fiebant. Quamobrem nihil causae est, cur cum Cujacio locum Ulpiani emendemus, ubi ait, *si duobus eadem res per vindicationem legata sit, siquidem disjunctim singulis in solidum debetur*, et reponamus *singulis partes debentur.* Est hoc contra Justinianum in *l. un.* §. *sin vero cum seq. C. de caduc tollend.* Debetur igitur utrique in solidum res disjunctim legata, sed legatum per damnationem concursu non minuebatur, nec alter ab altero partem abstrahebat, sicut in legato per vindicationem. Idque ideo, quia in hoc legato dominium rei legatae, etiam fine ullo facto heredis, sola vi, et potestate legis transibat in legatarium *l. legatum* 80. *D de legat.* 2 *l. a Titio* 64 *D. de furt.* non poterat autem totius rei dominium in utrumque transire, cum duo domini in solidum esse non possint *l. duo* 19. *in princ. D. de precar l. si ut certo* 5. §. *fin. D. commod.. l. possidere* 3. §. *ex contrario D. de acq. pos.* propterea nec poterat ab utroque res legata in solidum vindicari, quae hujus legati erat actio propria. in legato autem per damnationem non transibat dominium, nisi facto heredis, nec dabatur rei vindicatio, sed actio in personam, quae nascebatur ex obligatione heredis, quam contraxerat adeundo, cum utroque legatario in solidum, res enim potest duobus deberi. Sed haec omnia mutata sunt a Justiniano, qui in *d. l. un.* statuit,

omnia legata induere naturam legati per vindicationem, sublata quacumque legatorum differentia.

9 Sexto, si legatum sit duobus, quorum unus tantum possit capere legatum, totum ad eum pertinet. Veluti si legatum sit Titio, et posthumo, posthumo non nato, totum Titio acquiritur *l. si duobus* 16. §. *ult. ff. de leg.* 1. *l. utrum* 7. *ff. de reb. dub.* vel si legatum sit Titio et heredi, *l. plane* 34. *ff. de leg.* 1. *l. legatum* 116. §. 1 *ff. de leg.* 1. vel servo communi *l. Plautius* 45. *in princ. vers. communi autem ff. ad Leg. Falcid.* vel conjunctus non impleat conditionem *l. si tibi* 10. *ff. de leg.* 3. *l. si servo* 31. §. 1. *ff. de statulib.* vel si quis sibi, et Titio legatum adscripserit, Paul. *lib.* 3. *sentent. tit.* 6. §. 14. vel si servo communi sine libertate legetur, totum enim ad socium pertinet *l. verum* 63. §. *Si servo ff. pro soc.* Verumtamen servo communi scribentis, et alterius, legatum fuerit adscriptum, inutile omnino est; quia lege Cornelia quasi falsum nomen servi subducitur; quo subducto in nullius persona potest consistere legatum *l. filius* 14. §. *sequens ff. ad leg. Cornel. de fals.*

10 Sed contrarium videretur dicendum, quia ejuscemodi legata pro non scriptis habentur, et nulla sunt *l.* 1. 3. *et* 4. *et* 5. *ff. de his, quae pro non script. hab.* sicut nulla sunt ea, quae lege prohibente facta fuerunt *l. non dubium C. de legib.* Atqui quod nullum est, nullum parit effectum, quia non entis nullae sunt qualitates *l. ejus qui* 41. *D. de reb cred. l. denique* 4. *in fin. ff. de injust. rupt.* Non potest igitur legatum pro ea parte qua nullum est, quicquam juris tribuere conjuncto.

11 Nihil est hoc argumentum. Legatum non est nullum, cum enim valeat in persona conjuncti, pars, quae ad ipsum pertinet, ad se trahit partem vacantem, quam alter capere aut non potest, aut non vult. Imo pars vacans ipsa per se accrescit parti non vacanti sicut Alluvio accrescit fundo *l. si Titio* 33. *in fin. D. de usufr.* Amplius in conjunctis re et verbis, aut re tantum, totum habet uterque ab initio, et solum concursu scinditur legatum, et partes fiunt §. *si eadem* 8. *inst. tit. de legat. l.* 3. *D. de usufr. accresc. l. plane* 34. §. *sed si* 10. *D. de leg.* 1. *l. conjunctim* 80. *D. de legat.* 3. *l. si Fortidianum.* 7. *C. de legat.* Quocirca si collegatarius non concurrat, nec abstrahat partem a conjunctu, habet solidum legatum, quod ei a testatore datum ex *d. l. conjunctim* 80. *C. de leg.* 3. *l. un. vers.* 11. *sin vero ibi: partes a priore abstrahentibus D. de caduc. toll.* Conjunctus igitur non habet partem vacantem a conjuncto, in cujus in persona irritum est, nullumque legatum, sed a voluntate testatoris ex dispositione legis, et ipsius natura legati.

Contrarium tamen multis in legibus 12 videntur respondisse veteres Jurisconsulti. Primum Pomponius in *l. si duobus* 16. *in princ. D. de leg.* 1. *Si duobus res conjunctim legata sit, quamvis alter in rerum natura non fuerit alteri solam partem deberi puto verum.*

2. Ulpianus in *l. plane* 34. §. *si conjunctim ff. eod. si conjunctim duobus res legetur, constat partes ab initio fieri: nec solum hi partem faciunt, in quorum persona constitit legatum: sed etiam hi quoque, in quorum persona non constitit legatum; ut puta si Titio, et servo proprio sine libertate.*

3. Marcellus in *l. hujusmodi* 84. §. *Si Titio, et Maevio* 8. *ff. eod. Si Titio, et Maevio legatus fuerit Stichus, qui Titii erat, debebitur pars Stichi Maevio, nam Titius, quamvis ad legatum non admittatur; partem faciet.*

4. Paulus in *l. si Titio* 7. *ff. de leg.* 2. *Si Titio, et ei qui capere non potest decem legata sint: quia duobus heres dare damnatur, et unus capere non potest: quinque sola Titio debentur.*

5. Scaevola in *l. ult.* §. *Sejo* 2. *ff. eod. Sejo si mihi heres non erit, et uxori ejus Marcellae argenti libras quindecim dari volo: quaero, cum Sejus heres extiterit, an Marcellae legati dimidia portio debeatur? respondi, secundum, quae proponerentur, deberi.*

6. Papinianus in *l. mulieri, et Titio* 74. *D. de cond. et dem. mulieri, et Titio ususfructus,, si non nupserit mulier, relictus est. Si mulier nupserit, quamdiu Titius vivit, et in eodem, statu erit, partem ususfructus habebit.*

13 Sequioris saeculi interpretes, quo tempore nondum in lucem prodierant Caji institutiones, et Ulpiani fragmenta, ut veteres jurisconsultos cum Justiniano, et inter se conciliarent, multa acutissime excogitarunt, sed pleraque commentitia, et a veritate prosus aliena, quae non est operae confutare, licet in foro malint eorum errores perspicuae veritati anteponere. Dissidium Jurisconsultorum oritur non a diversitate opinionum, sed a differentia legatorum per damnationem aut vendicationem. In legatis per damnationem non erat jus accrescendi. Nam si disjunctim legatum erat duobus uterque solidum habebat, ut paulo ante exposuimus. Si conjunctim pars vacans non conjuncto accrescebat, sed manebat penes heredem. Ulpian. in *fragment. tit.* 24. § 13. *Si per damnationem eadem res duobus legata sit; siquidem conjunctim, singulis partes debentur, et non capientis pars jure civili in hereditate remanebat. Jure civili,* inquit, quia lege Papia caduca fiebat, et fisco deferebatur. Quocirca si alter ex legatariis capere non poterat, ejus pars ante legem Papiam penes heredem manebat, post legem Papiam fisco deferebatur, late prosequitur Justinianus in *l. un. C. de cadūc. tol.* His praemissis indubitatum videtur in oppositis legibus JC. egisse de legato per damnationem. Et quidem in plerisque id est certissimum.

14 De secundo, tertio et quarto res est perspicua. In secundo Ulpianus in *d. l. plane* ait, quod si conjunctim res duobus legata sit, constat initio partes fieri. Atqui non constat nisi in legato per damnationem, ut modo probavimus ex ipsius Ulpiani verbis. Etenim in legato per vindicationem concursu partes fiunt, ut ait idem Ulpianus in *d. tit.* 24 *de legat.* §. 12. *et* 13. ubi exponit differentiam inter utrumque legatum, et idem Ulp. in *l. idem Neratius* 4. *in princ. D. de usufr. accresc.* et Celsus in *l. utrum D. de reb. dub.* Qui conferet locum Ulpiani in fragmentis cum nostra *l. plane,* non poterit dubitare in hoc §. Ulpianum agere de legato per damnationem. Quocirca miror clarissimum virum, qui prae omnibus luculentissime doctissimeque scripsit, huic interpretationi non acquiescere levissima conjectura seductum. Ait enim, quod in §. *sequenti* agit Ulpianus de legato per vindicationem: ergo et in antecedenti fallax, et nullius roboris argumentum, quo si uti liceret, infinita propemodum falsa in jure nostro deduci possent. Idem Ulp. in *fragm. in* §. 12. agit de legato per vindicationem: in §. *seq.* de legato per damnationem. Lege, si vis, principium hujus legis, et intelliges, quam, fallax sit haec conjectura, nam quod ibi subjicit post verba: *at si*: nihil pertinet ad id, quod antea dixerat. Eadem particula utitur in §. *sequente* §. *conjunctim,* Ibi: *Sed si duobus,* quae particulae denotant diversitatem tum facti, tum juris. At inquit, retinendum est idem thema. An vero non retinetur, cum in utroque §. agatur de legato, in quo unus ex conjunctis initio partem tantummodo consequi potest? Diversum autem est factum; quia in §. antecedenti agitur de legato per damnationem, in sequenti de legato per vindicationem. Diversum etiam jus, quia in illo legatarius nunquam potest consequi nisi partem, quia nunquam possunt inter se concur-

rere: in hoc vero quandoque concurrunt. *l. coheredi* 41. § *coheres* 6. *in fin D. de vulg. et pupill.* scilicet existente conditione pupillaris substitionis: ea vero non existente totum legatum habebit Titius, cui datum fuit in primis tabulis. Verum enim vero si progressus totuis legis attentius perpendatur, omnia interse apta sunt, atque connexa. Quaerit enim Ulpianus, quando res legata bis debeatur; quando semel tantum: quando solidum: quando pars; et varias species enumerat, in quibus cuncta haec contingunt. Caeterum explicatio legis, quam huic Vir doctissimus anteponit, est multo deterior. Ait enim, quod conjuncti partes quidem faciunt initio, non tamen ita, ut hoc impediat jus accrescendi. Falsum. Celsus in *l. conjunctim* 80. *ff. de leg.* 3. *conjunctim heredes institui, aut conjunctim legari, hoc est, totam hereditatem, et tota legata singulis data esse: partes autem concursu fieri l.* 4. *in princ. ff. de usufr. accr.* Et qui partem facit, excludit jus accrescendi *l. Papinianus* 8. §. *quoniam autem ff. de inof. testam l. plane* 34. §. *plane l. hujusmodi* 84. §. *Si Titio D. de leg* 1. *l. unum ax familia* 67. §. *Si uno l. cum Pater* 77. §. *libertis* 27. *ff. de leg.* 2.

15 Caetera jam prosequamur. In *l. hujusmodi* §. *si Titio* legata erat res aliena quae nonnisi per damnationem legari poterat: non autem per vindicationem, Ulp. in *fragm. cit. loc. tit.* 24. §. 7. *et* 8. Cajus *inst. lib.* 2. § 3. *tit.* 5. *per vindicationem res aliena relinqui non potest: per damnationem potest.*

16 In *l.* 7 *D. de leg.* 2 liquet agi de legato per damnationem. Ibi: *quia duobus heres dare damnatur*, nihil clarius. Hoc amplius, ea verba indicant, aliter dicendum in legato per vindicationem: ratio enim, et causa, quamobrem sola quinque debeantur, ea est, quia heres dare damnatur: hoc est, quia legatum, est per damnationem.

17 In *l. ult.* §. *Sejo D. eod.* pariter agit Scaevola de legato per damnationem, ut ostendit illis verbis: *dari volo.* Verba, quae ad heredem diriguntur, propria sunt hjus legati, *dato, facito dari jubeo, volo, damnas esto dare* Ulpian in *fragm. tit.* 24. §. 4. Paul. *lib.* 3. *sentent. tit.* 8. §. 10.

Superest primum, et ultimum. In primo, nempe in *l. si duobus* 16. *in princ. D. de leg.* 1. non constat quidem ex verbis ipsius legis, agi de legato perdamnationem; tamen id perspicue apparet ex conjecturis: tum quia constat ex § 1. in principio legis agi de eo genere legati: tum quia etiam in *l. plane* 34. §. *si conjunctim ff. eod.* in quo Ulpianus agit de legato per damnationem, illud iisdem verbis proponit, tum quia Paulus omnibus aliis Jurisconsultis adversaretur; et quod incredibile est, esset sibi ipsi contrarius; nam paulo post sit, quod si Titio, et posthumis legatum sit, non nato posthumo totum vindicabit. Ubi etiam observandum, quod exprimit, hoc tantum evenire in legato vindicationis, quia in legato damnationis non transferebatur dominium ipso jure, sed per traditionem heredis, contra quem dabatur actio personalis ex testamento. Id. Paulus *Lib.* 3. *sentent. tit.* 8. §. 17. Cajus *lib* 2. *tit.* 5. §. 3. 18

Ad ultimum suppeditat responsionem ipse Papinianus illis verbis, *tantum enim beneficio legis concessum esse mulieri intelligendum est, quantum haberet, si conditioni paruisset.*

Postremo illud monendum, haec abolita fuisse a Justiniano in *l. un C. de caduc. toll.* qui omnia legata aequiparavit legato vindicationis. Nihilominus haec oportuit explicare, quis hanc legatorum differentiam ignorantes, multa opinionum vana commenta in vulgus ediderunt, quae cauti doctique judices debent repudiare tamquam a veritate prorsus aliena.

CAPUT XX.

Ad. L. plane 34. §. 1. *D de leg.* 1. *Et alias.*

SUMMARIUM.

I. Eadem res uni bis, aut pluries in eodem testamento legata semel tantum debetur.
II. In legato quantitatis facilius admittitur multiplicatio
III. Si ex duorum testamentis eadem res legata fuerit, ex utroque peti poterit.
IV. Quantitas saepius legata, saepius debetur.
V. Diversa re pluribus legata, non concurrunt, sed singuli integrum consequuntur.
VI. Exponitur l. si sic 13. ff. de leg. 3. et conciliatur cum l. si servus 108. §. si ita scriptum ff. de leg. 1. et n. 7. 8. 9. 10. 11, 12.
VIII. Particula *hoc amplius*, quandoque legatum legato adjicit; quandoque vero legatum primo relictum cum secundo communicat. et n. 9.

1 Occurrit jam alia quaestio circa quantitatem rei pluribus legatae, quantum cuique debeatur: utrum solidum, an vero pars: et cujusmodi pars. Distinguere oportet, utrum quantitas legata fuerit, an corpus: et utrum in eodem testamento, vel in duobus testamentis: et an eadem res pluribus legata sit, an uni, eidemque pluries.

Si uni bis, aut pluries legata sit, semel tantum debetur, si quidem in eodem testamento fuerit legata, *l. plane* 34. §. 1. *ff. de legat.* 1. *Si eadem res pluribus legetur in eodem testamento, amplius quam semel peti non potest: sufficitque vel rem consequi: vel rei aestimationem.* Atque id ex constitutione D. Pii, quae tamen ad corpus in eodem testamento legatum solummodo pertinebat. *l. Maevius* 66. *in princ. D. de leg.* 2. eam tamen ad quantitatem etiam extendit Ulpianus in *d. l. plane* 34. §. *sed si non corpus D. de leg.* 1. Hoc interesse puto inter legatum corporis, et quantitatis: quod in illo multo difficilius admittitur multiplicatio legati, cum corpus semel tantum praestari possit, et nostrum fieri §. *sed si rem* 10. *inst. tit. de legat.* §. *sic itaque* 14. *inst. de action. d. l. plane* §. *sed si non corpus.* Itaque nisi testator apertissime, et expressim declaraverit, velle se legatarium bis consequi legatum, hoc est, non solum rem, sed etiam ejus aestimationem, solummodo corpus legatum consequetur, ut de pluribus legatariis statuit Justin. in *l. un.* §. 11. *vers. sin autem disjunctim C. de caduc. toll.* Alias obstat tum constitutio D. Pii, tum natura ipsa legati, et voluntas testatoris, cui repugnat, deberi praeter corpus, quod legavit, etiam aestimationem, quam non legavit. In legato quantitatis multo facilius admittitur multiplicatio, suffragante tum D. Pii constitutione, tum ipsa ratione; summa enim pluries praestari potest *d.* §. *sed si non corpus.* Quocirca, si legatarius evidentissimis probationibus demonstraverit, voluisse testatorem summam legatam saepius praestari, eam saepius exigere poterit *d.* §. Ecce, si a duobus heredibus nominatim, ac separatim quinque legaverit, ab utroque legatarius quina poterit exigere *l. si pluribus* 44. §. *ult. D. de leg.* 2. Idem traditum et de re legata in *l. quid ergo* 53. §. 1. *D. de leg.* 1. Sed ibi testator rem solidam legaverat, adeoque expressim declaraverat ab utroque solidam partem praestandam. Rursus, si quingenta Titio legata fuerint in testamento, et iterum quingenta legentur in codicillis, poterit Titius quingenta exigere ex codicillis, et tantumdem ex testamento: nisi heres probaverit secundam scripturam inanem esse, vel quia testator oblitus fuerit, se ea legasse in testamento; vel quia repetere, non multiplicare legatum voluerit *l. quingenta* 12. *D. de probat.* Contrarium autem traditum de re, et corpore legato *l. Maevius* 66. §. *eum, qui D. de leg.* 2.

Quod si duorum testamentis eadem res 4
eidem fuerit legata, poterit ex utroque testamento legatum consequi. Sed etiam in hoc differt legatum corporis a legato quantitatis. Nam in legato corporis, si ex uno testamento corpus legatum fuerit consecutus, non poterit ex alio testamento

idem corpus petere, imo nec ejus aestimationem §. *si res aliena* 6. *instit. tit. de legat.* quia placuit duas causas lucrativas in eumdem hominem, eamdemque rem concurrere non posse *d.* §. *si res l. omnes* 17. *l. ex promissione* 19. *D. de oblig. et act. l. si servus* 108. §. *Stichum* 4. *D. de leg.* 1. *l. nutu* 21. §. 1. *D. de leg.* 3. ideo dolo facit, et doli exceptione submovetur, qui petit id quod ex causa lucrativa est consecutus *l.* 4. §. *si quis autem* 29. *D. de doli mal. except.* Si autem ex uno testamento aestimationem consequatur, ex alio rem petere non prohibetur, *d.* §. *si res aliena*, Nec obstat, quod ait Julianus in *l. hujusmodi* 84. §. *si Sempronius* 2. *D. de leg.* 1. quod qui aestimationem consecutus est, exceptione repelli potest, si pretio contentus non sit. Nam ibi Titius legaverat Maevio pure, quod ipsi debebat ex testamento Sempronii post bienennium. Si legasset post biennium, inutile esset legatum, quia nullum affert Maevio commodum *l. unum ex familia* 67. *in princ. D. de leg.* 2. *l. si mihi Sempronius* 100. *D. de leg.* 1. Eatenus igitur legatum a Titio relictum Maevio creditori valet, quatenus ei affert commodum repraesentationis, ut possit statim exigere, quod non poterat nisi post biennium §. *ex contrario inst. tit de legat. l. sin autem* 29. *D. de leg.* 1. *l. Maevius* 66. *in princ. vers. debitor D. de leg.* 2. Quapropter, id quod diximus de re duobus testamentis legata, non pertinet ad legatum relictum a debitore, qui rem, quam legat, ex testamento debebat, tunc enim semel tantum debetur. Sed quid rei est, cur tam varie decernatur? nempe quia, qui habet rem, habet etiam ejus aestimationem, hoc est, quanti res est: idcirco, si rem consecutus est, posset etiam consequi ejus aestimationem: concurrerent in eamdem rem duae causae lucrativae. Contra qui aestimationem habet, rem non habet: absurdum est dicere, eum, qui centum habet, habere res omnes, quae centum aestimari possunt: esset enim Creso longe locupletior *l. tantum* 88. *D. de V. S.*

In legato quantitatis aliter statuendum 4
est, nam in quantitate cessat regula duarum causarum lucrativarum *l. Titia Sejo* 87. *in princ. D. de leg.* 2. Nam cessat etiam in tessera frumentaria quia in ea magis quantitas, quam corpus consideratur *d. l. mortuo bove* 49. §. 1. *D. eod.* Quamobrem quantitas saepius legata, saepius debetur: tum quia sepius praestari potest *l. plane* 34. §. *sed si non corpus D. de leg.* 1. tum maxime, quia non idem legatur: est enim par quantitas, non vero idem corpus. Is, cui legata sunt decem in duorum testamentis, consequitur viginti, non autem bis eadem decem; sed alia decem ab uno, alia ab altero. Nec ab utroque testatore eadem decem ipsi legata sunt; quia cum decem in genere legata sint, orationis compendio singula, quae sunt ejus generis, continentur *l. Maevius* 66. §. *non idem D. de leg.* 2 Quemadmodum igitur, si homo in genere legatus fuerit duorum testamentis, ab utroque herede singulos homines consequi potest legatarius, diversos inter se, atque distinctos *d. l. Maevius*: ita si decem in genere legata fuerint, potest ab utroque decem consequi, quia ea decem, quae solvet primus heres, non sunt eadem decem, quae solventur a secundo: nec legatarius haec, vel illa decem persequitur, ac petit, sed decem in genere. Nam si certum corpus nummorum peteret, non recte ageret §. *si quis* 33. *vers. praeterea inst. tit. de action. l. cum is cui* 32. §. *ult. ff. de condiction. ind.*

Veniamus ad legatum pluribus relictum. 5
In his hoc primum perpendere oportet: utrum eadem res omnibus legata fuerit: an diversa singulis. Si diversa, utique singuli integram rem legatam consequuntur, nec scinditur inter eos legatum. Ecce, testator Titio, et Maevio singulos servos legavit: vel Titio unum servum,

alterum Maevio, tam Titius, quam Maevius integrum servum sibi legatum consequentur *l. hujusmodi* 84. §. *quibus ita ff. de leg.* 1. non tamen Maevio deficiente poterit Titius Maevii servum petere, quia sunt conjuncti, nec simul concurrunt propter rei legatae diversitatem *d.* §. *quibus ita*. Idem dicendum, si testator Titio legaverit partem, ut puta, orientalem fundi Corneliani, Maevio occidentalem. Duae enim partes diversae legatae, seu potius duo diversi fundi *l. si quis* 6. §. *si quis partem ff. comm. praediorum l. recte dicimus* 25. §. 1. *ff. de V. S.* Fundi enim hominum destinatione constituuntur, *l. quod in rerum* 24. §. *quod si post ff. de leg.* 1. Hinc quaeritur, an si Titio fundum legaverit testator, Maevio autem fundi usumfructum; Maevius totum usumfructum habere debeat; an vero pro dimidia tantum parte. Dicendum videtur totum usumfructum ad Maevium pertinere: nam legando usumfructum Maevio, videtur illum a Titio in Maevium transtulisse *l. sicut* 5. *ff. de adim. leg.* Placuit tamen pro dimidia tantum parte ad Maevium pertinere: quia cum Titio fundum legat, non sola, et nuda proprietas, sed proprietas cum usufructu, legato continetur etiamsi testator solam proprietatem errore lapsus legare voluerit: ac propterea in usufructu conjungit Maevium Titio, eique ipsum communicat *l. si quis alii* 19. *ff. de usufr. leg. l. si tibi decem* 6. *ff. de usufr. ear. rer. l. Sempronius Attulus* 26. §. 1. *ff. de usufr. leg.* Nec dici potest, testatorem transtulisse usumfructum in Maevium cum non legaverit ei usumfructum facta commemoratione ususfructus Titio legati, veluti hoc modo: *usumfructum, quem Titio legavi, Maevio do, lego*, ut in *d. l. sicut ff. de adim. leg.* Igitur dimidium tantummodo ususfructus habere debet Maevius. Idemque est, si fundus duobus legatus fuerit *d. l. Sempronius in fine* itemque si uni fundus, duobus ususfructus legetur *d. l. Sempronius*, et *d. l. si tibi decem* § *ult.*

6 Illud controversum est, an, si quis ita legaverit: *Titio fundum do, lego Sejo hoc amplius decem*, an Titius totum fundum sit habiturus, an vero ipsum partiri debeat cum Sejo. Maecianus in *l. si sic locutus* 13. *ff. de legat.* 3. ait *non erit dubitandum, quin Sejus, et fundi partem, et decem ex testamento percipere debeat.* Atque id secundum rectam rationem latini sermonis Etenim cum dicimus: *Titius accepit quinque, Sejus hoc amplius fundum, Sejum quoque quinque accepisse intelligimus l. si pure* 54. *ff. de legat.* 3. Habet enim vim repetendi praecedentia, particula *amplius, hoc amplius l.* 1. §. *Divus* 22. *ff. de quaest. l. avia* 77. *in princ. ff. de cond. et dem. l. uxori* 33. §. *ult. ff. de leg* 3. *l. nomen* 34. *in princ. eod.* Addit enim aliquid ei, quod supra dictum est *l. qui saltum* 67. *ff. de leg.* 3. Veruntamen contrarium omnino respondit Africanus in *l. si servus* 108. §. *si ita scriptum ff. de leg.* 1. *Si ita scriptum erit: amplius, quam Titio, legavi, heres meus Sejo decem dato: dubitandum non erit, quin, et Titio suum legatum maneat, et Sejo nihil ultra decem debeatur, nam et usitatum fere est sic legare: Lucio Titio tot, et hoc amplius uxori, et liberis ejus tot.* Quid dicendum? Videntur repugnantia dicere. Uterque pro certo, et indubitato dicit. Ego ita alterum alteri conciliandum esse arbitror. Verba *hoc amplius* plerumque, ac praesertim in jure nostro significant: *insuper, praeterea, ultra*, ut in *l. qui ita* 3. *ff. de dot. prael. l. si pure* 54. *ff. de leg.* 3. *l. avia in princ.* 77. *ff. de cond. et dem. l. uxori* 33. §. *ult. l. seq in princ. ff. de leg.* 3. *l. qui saltum* 67. *ff. eod.* Sed maxime est observandum, quo spectent haec verba. Si ad legatum; tunc legato legatum adjiciunt, et praeter id, quod primo legavit, insuper secundo etiam aliud legatum testatorem relinque-

re voluisse demonstrant. Constituuntur igitur duo legata distincta, ac separata tum ratione personarum, tum ratione rerum, quae inter se diversae nulla conjunctione copulantur. Si vero verba illa spectent ipsos legatarios: tunc eorum personas conjungunt, et ostendunt testatorem vocasse secundum in partem primi: et legatum cum secundo communicare voluisse, et ultra quippiam aliud ei relinquere, quod ipse totum, atque integrum perciperet. Verba enim *hoc amplius*: *insuper*: *ultra*, significant aliquid ei fuisse legatum, Quocirca quaesitum fuit: an si ei, cui nihil legatum erat, cum hac adjectione: *hoc amplius*: aliquid legetur, valeat legatum; idemque quaesitum est etiam de stipulatione in *d. l. si servus* §. *si ei*, *cui* 8. *ff. de legat.* 1. Et quia verba superflua non vitiant obligationem, et pro supervacuis habentur *l. quae extrinsecus* 65. *in princ. ff. de V. O.* idcirco in *d.* §. *si ei*, *cui* valere tum legatum, tum etiam stipulationem respondit Africanus. His animadversis manifestum est in *d. l. si servus* §. *si ita scriptum ff. de legat.* 1. verbum *amplius* ad legatum ipsum spectare, et testatorem non voluisse personas legatariorum conjungere: sed adjicere legatum legato, quod Titio antea reliquerat *Amplius quam Titio legavi*, *heres meus Sejo decem dato.* Utique manet integrum Titio suum legatum, nec quicquam ei detrahit legatum Seji. Testator enim commemorat legatum Titio datum, non ut ipsum minuat, et cum Sejo communicet: sed ut legato Titii adjiciat legatum Seji, heredemque legato jam oneratum, oneret alio legato; cum verbum *amplius* ad legatum Titii manifesto referatur, non ad personam Seji. Tantum autem abest, testatorem voluisse minuere legatum Titii, quin potius illud commemorando confirmet. Perinde enim est, ac si dixisset: praeter id, quod Titio legavi, heres meus Sejo decem dato, ut in *l. Sejo* 10. §. *uxori ff. de an. leg.* ubi observandum, quod adjectio verborum *praeter id*, *amplius quam*, et similium initio posita ad commemorandum primum legatum, non habent vim repetendi ejus qualitates in secundo; nam primum quotannis, secundum semel tantum, praestandum est. Licet repetendi vim habere soleat *l. si pure* 54. *ff. de leg.* 3. *l. si avia* 77. *ff. de cond. et dem.* quod et de particula *item* responsum est in *l. in repetendis* 63. *D. de leg.* 3.

Contra in *l. si sic locutus* 13. *D. de leg.* 3. verba *hoc amplius* spectant personam legatariorum, atque adeo eos conjungunt, Sejumque participem faciunt legati, quod Titio in eadem atque unica oratione simul relinquitur. *Heres Titio fundum dato: Sejo hoc amplius decem.* Perinde est ac si dixisset, *Seja praeter fundum*; *ultra fundum* decem dato. Verba enim *hoc amplius* ad Sejum relata vim habent repetendi fundum in persona Seji *l. si pure* 54. *D. de leg.* 3. Ibi *verius e verbo amplius superiora repeti.* Idque Pomponius duobus confirmat exemplis, quorum postremum adamussim nostro convenit. *Titius accepit quinque*, *Sejus hoc amplius fundum. Sejum quinque quoque accepisse intelligimus.* Nimirum verba illa; *hoc amplius* significant Sejum praeter quinque, quae etiam Titius acceperat, insuper fundum accepisse. Simile est exemplum Juliani in *l. qui ita* 3. *D. de dot. praeleg. Titiae amplius*, *quam dotem*, *aureos tot. heres meus damnas esto dare: manifestum est*, *dotem quoque relegasse.* Licet enim in nostra lege non sit additum: *amplius quam fundum*; tamen cum post fundi nominationem illico subjecerit: *hoc amplius*: idem omnino significavit; nempe *amplius fundo*, *amplius quam fundum*, *praeter fundum.* Terent. in *Andria act.* 1. *Quid est*, *quod tibi mea ars efficere hoc possit amplius*: nempe amplius quam *haec curare*, quod supra dixerat Cic. *epist. lib.* 9. *ep.* 25. *ad Paetum. Itaque obtemperare cogito praeceptis tuis*; *hoc* 6

amplius: navicularum habere aliquid in ora maritima. et ad Brutum *ep.* 5. *Cui cum essem assensus, hoc amplius decrevi etc.*

10 Sed his obstat exemplum, quo Africanus confirmat sententiam suam in laudata *l. si servus* 108. §. *si ita scriptum.* Ibi *nam et usitatum fere est sic legare Titio tot, hoc amplius uxori, et liberis ejus tot.* Hoc exemplo convincitur falli eos, qui putant in *d. l.* 13. *ff. de leg.* 3. ita responsum a Maeciano fuisse propter conjunctionem scripturae, ad quod *l. ult. ff. de reb. dub.* Etenim nulla major scripturae conjunctio potest excogitari ea, quae est in hoc exemplo Africani. Enimvero non nego plurimum hac in re scripturae conjunctionem valere: sed tamen haec nodum non solvit, nec Maecianum Africano conciliat, quoad hoc exemplum.

11 Ego puto expendenda esse illa verba: *nam et usitatum fere est ita legare Lucio Titio tot etc.* Usitatum est; quod usu est introductum, remotum a ratione juris, ejusque regulis, atque ita non solum in jure nostro, sed etiam a latinis auctoribus usurpatur; ut apparet ex *l. item si* 17. §. *principaliter ff. de recept. arb.* in *l. si quis* 24. *ff. de usufr. l. sine herede* 32. §. *Lucius Titius ff. de administr. tut. l. illud* 19. *ff. de excus. tut.* Usitatum enim dicitur, quod usu, et consuetudine receptum est, idque vim legis habet. *l. de quibus* 32. *ff. de legib.* Cic. *lib.* 5. *in Verr. Alius, ne condemnaretur, pecuniam dedit: usitatum est.* Est hoc contra jus, sed tamen inter improbos erat in usu. Idemque pro *A. Caecin. Nam id quidem, tametsi improbe sit, tamen malitia est jam usitatum,* et in *ead. orat. At vero hoc quidem jam vetus est, et majorum exemplo multis in rebus usitatum.* Igitur usu receptum erat Africani tempore, ut, qui familiae legare volebat, primum legaret patrifamilias, et deinceps uxori ejus, et liberis cum illa adjectione: *hoc amplius*: quae legata simul conjungebat, quia eidem familiae relicta erant non autem conjungebat personas legatariorum. Ea quidem ratione, ut arbitror, quia verisimile non est, testatorem, qui principaliter honorare voluit familiae caput; ejusque respectu etiam ejus uxorem liberosque, voluisse eos diminuere legatum patrisfamilias, a quo aluntur, et sustentantur. Honorando uxorem et liberos legato, honorat simul et patremfam. non debet igitur hic honor in ejus incommodum, ac detrimentum verti, ac produci *l. nulla juris* 25. *ff. de legib.* Maxime vero quia, cum liberi acquirant parentibus, legatum relictum liberis vergit in commodum, et utilitatem parentis: non debet igitur ad ejus incommodum, damnumque produci *d. l. nulla et l. quod favore* 6. *C. de legib.* His de causis in hujusmodi legato receptum fuit ut verba, *hoc amplius* non repeterent, neque minuerent legatum praecedens. Hujus exemplo Africanus putavit, non habere diversam vim in specie a se proposita, in qua ex ipsa verborum structura constabat, testatorem voluisse prius legatum confirmare, non vero minuere, ut demonstravimus.

Non inscite meo judicio addi posset, 12
quod ex verbis Africani non apparet, an id usu receptum esset in legato, in quo decem, ut puta, utrisque relinquebantur; an in quo dena. In hoc enim utrisque decem debentur *l. si quis testamento* 79. *ff. de leg.* 1. At enim Africani verba sunt generalia. Ita sane: Sed ab usu qui tunc invaluerat, et ad quem referuntur, qui particularis erat, restringuntur. Praeterquam, quod *in ambigua voce legis ea potius accipienda est significatio, quae vitio caret, l. in ambigua* 19. *ff. de legib.* vitio autem caret, quae aliis legibus est consentanea *l.* 1. §. *nulla* 8. *l.* 2. §. *contrarium* 15. *C. de vet. jur. enucl.*

CAPUT XXI.

Ad l. 1. in ff. de his, quae pro non script. hab.

SUMMARIUM.

I. Occasio de proposita regula disserendi.
II. Regula demonstrat, spectandum esse tempus conditi testamenti, ut definiatur, an valeat legatum.
III. In quibus legatis dies cedat ab adita hereditate.
IV. Regula locum habet in legatis in quibus dies cedit a morte testatoris. Exempla et n. V. VI.
VII. Ex contrario locum non habet in iis, quorum dies non cedit a morte testatoris. Exempla et n. VIII.
IX. Regula non pertinet ad hereditates.
X. Neque ad contractus, quamvis in his servetur regula similis Catonianae. Exempla in stipulatione.
XI In manumissione.
XII. Regula non pertinet ad eas dispositiones, quae collatae fuerunt in tempus mortis. Exempla.
XIII. In servis, quibus aliquid legatum est, non spectatur tempus conditi testamenti. Et n. XIV. XV. XVI.
XVII. Qualitas a testatore, requisita, sufficit legatario de tempore mortis. et n. XX.
XVIII. Qualitatem, quam legatarius habebat tempore testamenti, si postea amittat, admittitur ad legatum, et n. XIX.
XX. In legatis praestandis ob bonorum possessionem contra tabulas, qualitas requiritur de tempore mortis.
XXI. Exponitur l. cum servus 39. §. si Titius ff. de leg. 1.
XXII. Exponitur l. non oportet 42. ff. de leg. 2.

1 His, quae diximus, laciniam attexere de tempore, quod spectandum est ad interpretandam dispositionem, alienum non erit. Hac de re ita distinguendum arbitror. Aut quaeritur de validitate actus, aut de re, quae in dispositionem deducta est. Primum de validitate actus, quid juris sit, inquiramus. Quoad validitatem actus duae regulae a veteribus proditae sunt. Prima generalis est ad omnes actus pertinens: tam ad actus inter vivos, quam ad ultimas voluntates. *Quae in eum causam pervenerunt, a qua incipere non poterant, pro non scriptis habentur l. 3. in fin. ff. de his, quae pro non scrip. hab.* Secunda praecipue pertinet ad ultimas voluntates: *quod ab initio inutile fuit, ex post facto non convalescit l pen. l. omnia 201. ff. de R. J l. 1. ff de Reg. Caton. l. caetera 41. §. 2. ff. de leg. 1.*

Hanc secundam, quae natura prior 2
est, prius explicemus. A Catone prodita fuit haec regula, et a Veteribus JC. recepta, et usu juris communiter approbata *Quod si facti testamenti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocumque decesserit, non valere, l. 1. ff. de Reg. Caton.* Haec regula nobis demonstrat spectandum esse tempus conditi testamenti, ut definiatur, utile sit, an inutile legatum. hoc tamen non sufficit, nam et tempus mortis spectandum est, propter aliam regulam, quam primo loco supra posuimus. Si enim post conditum testamentum devenerit in eum casum, a quo incipere non potuisset, inutilis sit tam institutio, quam legatum. *l. 3. in fin. D. de his, quae pro non scrip. hab.* Multum tamen interest inter heredis institutionem, et legata. Etenim in heredis institutione tria tempora spectantur, conditi testamenti, mortis, et aditae hereditatis, *§. in extraneis instit. tit. de hered. qual. et differen.* In legatis autem spectatur tantummodo tempus conditi testamenti, et mortis, quia legati dies cedit a morte testatoris *l. si post diem 5. D. quand. di. leg. ced.* nec aditio hereditatis diei cessioni moram facit *l. hereditatis aditio ff. eod.* Regula autem Catoniana non pertinet ad ea legata, quorum dies non cedit a morte testatoris, sed post aditam hereditatem *l. 3 ff. de Reg. Caton.* Sed de his distinctius est dicendum.

Legatorum dies aliquando cedit a morte 3
testatoris, idque plerumque evenit; aliquando cedit a die hereditatis, ut accidit in legato libertatis *l. un. §. libertatibus 6. C de caduc. tollen. l. nam cum libertatis 8. ff. quand. di leg. ced.* in legato ususfructus, habitationis, et aliis, quae personae cohaerent *l. 3 §. 1. in fin. l. si habitatio 9. l. si ususfructus 14. ff. eod* et generaliter in omnibus legatis sub conditione, vel sub incerto die relictis, non cedit ante eventum conditionis vel adventum diei *l. 5. §. sed si sub conditione, l. si dies 11. l. si Titio*

22. *et passim ff. eod.* In legatis enim, quibus dies certus adjectus est, cedit a morte testatoris, perinde ac in puris, neque dies certus legatum suspendit in incertum *d. l. si post diem* 5. *in princ. et d. l. si Titio* 22. *ff. eod*

4 In legatis igitur, quorum dies cedit a morte testatoris, initium spectandum est, ac si illud vitiosum fuisset, legatum est inutile. Quod ut exemplis enucleate explicemus, primum exemplum petimus, ex *l. caetera* 41. §. 1. *ff. de leg.* 2. Senatusconsultum Aviola et Pansa Consulibus factum decrevit, non posse legari ea, quae aedibus juncta sunt *d. l. caetera* 41. §. 1. Quidam legavit marmora et columnas, quae aedibus juncta erant; inutile est legatum. Ea postea ab aedibus separata fuerunt, et quidem ante mortem testatoris. Quaeritur, an legatum, quod initio fuit inutile, convaluerit per separationem: et responsum est, non convalescere, quandocumque ab aedibus separantur, *d. l. caeterea* §. *tractari* 2. Aliud exemplum in ea lege proponitur: legavi tibi rem tuam: etiamsi post testamentum factum eam alienaveris, tamen legatum non convalescit.

5 Tertium exemplum proponitur in *l.* 3. *in princ. ff. de his, quae pro non script. haben.* Legavi in metallum damnato, legatum est inutile, excepto legato alimentorum: idem si legatarius post factum testamentum in metallum datus fuerit: quia utroque tempore eum capacem esse oportet, ut legatum sustineatur, tempore facti testamenti et mortis. Media tamen tempora non nocent: nam si legatum fuerit civi Romano, et is post fuerit deportatus, et ante mortem testatoris, restitutus, legatum consequetur, quia et tempore facti testamenti, et tempore mortis fuit capax consequendi legati *l. sed si conditioni* 6. §. *solemus ff. de hered. inst. l. liber homo* 59. §. *si heres ff. eod.*

6 Quartum est in servo. Quidam servo suo legavit non data libertate: postea libertatem est consecutus: legatum non convalescit *l. servo* 4. *C. de leg.* Aliud: Legatum est servo heredis: is de potestate heredis exiit vivo testatore. Legatum nec valet ab initio *l. si legatarius* 8. §. *servo D. de leg.* 3. nec convalescit eo alienato §. *an servo* 32. *inst. tit. de leg.*

In legatis autem, in quibus dies non cedit a morte testatoris, regula Catoniana non obtinet *l.* 3. *D. de Reg. Caton.* Hjusmodi legata non unius generis sunt. Primo occurrunt legata conditionalia. In legatis sub conditione relictis dies cedit ab eventu conditionis, *l. si post diem* 5. §. *sed si* 2. *D. qu. di leg. ced.* Et ideo haec legata non impedit regula Catoniana, quia ad ea non pertinet *l. caetera* 41. §. *tractari D. de leg.* 1. *l* 1. §. 1. *l.* 2. *D. de reg. Caton.* Sicut non pertinet ad institutiones conditionales *l. ult. D. de reg. Caton.* Idem omnino dicendum, si dies incertus fuerit adjectus: nam in testamento dies incertus conditionem facit *l. dies incertus* 75. *D. de cond. et dem.* et conditio appellatur *l. un.* §. *sin tamen C. de caduc. toll. l. si dies* 31. *D. qu. di. leg. ced l.* 1. §. *ult. D. ut legat. nom. cav.* dies legati non cedit a morte testatoris, sed cum venerit dies *d. l. unic.* §. *sin. autem et d. l. si dies* 21. *in princ.* 7

Secundo occurrit libertas servo data, cujus dies non cedit, nisi ab adita hereditate *l. nam cum libertas ff. quan. dies. leg. ced. l. un.* §. *libertatibus C. de caduc. toll.* Et ideo si servo proprio cum libertate legetur, dies legati cedit ab adita hereditate, et locum non habet regula Catoniana *l. cum legato* 17. *D. quan. di. leg. ced. l. si optio* 13. *D de opt. leg.* Idem si servus alicui legetur, et servo legatum relinquatur *d. l. si optio* 13. Monendum tamen est, quod si fuerit institutus heres necessarius, tunc. dies legati cedit a morte testatoris, quia necessarius statim acquirit hereditatem sine ulla aditione, et ideo tunc locum habet regula Catoniana *d. l. si optio* 13. Illud etiam monendum, quod si 8

quis servo suo libertatem dedit, utrumque tempus tam conditi testamenti, quam mortis spectandum est, nam si a vivo testatore fuerit alienatus, non potest consequi libertatem, quia tempore mortis non est capax legatae libertatis *l. servus* 35. *ff. de manum. testam.* Non quod huic obstet regula Catoniana, quia legatum libertatis servo proprio relictae valet ab initio §. I. *instit. de hered. instit.* Sed quia testator servo alieno libertatem dare non potest, et alienando videtur a legato recessisse *d.* §. I. nec potest servus obtinere directam libertatem ab eo; qui dominus non est §. *servi instit. tit. de libertin. l. servus* 13. *ff. de manumission. l. servi* 17. *ff. eod.*

9 Sed haec regula plures habet exceptiones: non raro enim ea locum non habet. Ac primum non pertinet ad hereditates *l.* 3. *ff. de reg. Caton.* Non ignoro, Cujacium scite docteque, ut solet legem emendare, ac monere legendum: *Catoniana regula non pertinet ad libertates.* Sed potest defendi lectio vulgaris. Etenim Catonis regula nominatim concepta est de legatis *l.* I. *in. princ. ff. de reg. Caton.* Et quamvis idem, quod Catonis regula definit de legatis, receptum sit etiam in institutionibus, nempe quod in illis etiam spectetur tempus conditi testamenti, et mortis: tamen id non a regula Catoniana desumptum videtur, cum regula, quae observatur in hereditatibus, latius pateat, quia comprehendit etiam tempus aditionis §. *extraneis instit. tit. de hered. qual. et differ. l. si alienum* §. I. *ff. de hered. instit.* Nec movet, quod ait Ulpianus in *l.* 4. *ff. de reg. Caton.* quod Catonis regula ad institutiones conditionales non pertinet. Nam hoc ipsum demonstrat regulam receptam in institutionibus esse diversam a regula Catoniana. Etenim regula, quae recepta est in institutionibus, obtinet, sive pure, sive sub conditione heres fuerit institutus, ut docet Imperator noster in §. *in extraneis instit. tit. de hered. qual. et differ.* Nec novum est, quod idem observetur etiam quoad illos actus, ad quos regula Catoniana non pertinet.

10 Quamvis enim regula Catoniana solum quoad ultimas voluntates tradita fuerit: tamen etiam in contractibus similis regula observatur. Etenim si quis rem suam stipuletur, inutilis est stipulatio, etiamsi postmodum fiat aliena, nisi eam fuerit stipulatus sub conditione, et pendente conditione fuerit alienata §. *idem juris instit. tit. de inut. stipul.* Et si quis rem sacram aut religiosam stipuletur, aut usibus publicis destinatam, inutilis est stipulatio, etiamsi postea profana, aut privata fiat: item si hominem liberum stipuler, isque postea servus fiat: non reviviscit stipulatio, quae ab initio fuit inutiliter contracta *l. inter* 83. §. *sacram* 6. *D. de V. O.* In his autem stipulationibus illud est omnino singulare, quod ne quidem sub conditione contractae valent: quia nefas est expectare, aut desiderare, ut homo liber servus fiat; res sacra, aut religiosa fiat profana *d. l. inter* §. *sacram D. de V. O.* Imo, et si quis servum stipuletur, qui postea liber fiat, etiamsi iterum in servitutem recidat, tamen stipulatio, quae per libertatem ejus facta erat irrita, non convalescit, eo in servitutem iterum redacto, licet Celsus contra existimaret, exemplo navis adductus, quae si a domino dissolvatur, et iisdem tabulis reficiatur, domus, quae si destruitur, et ex iisdem caementis rursus aedificatur, convalescit stipulatio. Cui argumento respondet Paulus in *l. quae res* 98. §. *ult. D. de solut.* et in *d. l. inter stipulantem* 83. §. *sacram D. de V. O.* et testatur Celsi sententiam admissam non esse: itaque in *l. si chorus* 79. *D. de leg.* 3. quae est ipsius Celsi, addenda est particula *non*: et ita legendum. *Servus quoque legatus, si interim manumittatur, et postea servus factus sit, peti non potest.* Aliter enim sententia Celsi admittetur, quam admissam non esse

Paulus testatur, eamque falsam esse demonstrat in laudata *l. quae res* 98. §. *ult. D. de solut.*

11 Aliud exemplum in actibus inter vivos proponitur a Paulo in *l. si servo* 20. *D. qui et a quib. man. lib. non fiant.* Servum alienum sine consensu domini manumisi: nulla est manumissio. Postea fio heres domini; non convalescit manumissio: nec aditione hereditatis libertatis datio confirmatur.

Sed haec recepta sunt non propter regulam Catonianam, quae pertinet solum ad legata, de quibus expresse fuit a Catone prodita: sed propter aliam regulam generalem traditam in *l. quod initio* 29. *D. de R. J.* ubi Paulus statuit hanc regulam: *Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere.*

12 Secundo non pertinet ad eas dispositiones, quae collatae fuerunt in tempus mortis. In his enim solum tempus mortis attenditur. Et hoc ideo, quia ante mortem non videtur perfectus actus, qui in tempus mortis est collatus ob voluntatem ipsius disponentis, qui ad mortem solummodo respicit, et ideo tunc dare videtur, licet nunc de dando disponat *l. non videtur* 32. *D. de donat. caus. mort.* Primum exemplum sit in donatione causa mortis, in qua sufficit donatarium capacem esse tempore mortis, etiamsi esset incapax tempore donationis *l. in mortis* 22. *ff. eod.* Alia duo exempla proponuntur in *l.* 1. *ff. de reg. Caton.* Quidam ita legavit: si post calendas mortuus fuero, Titio dato. Si statim mortuus fuisset, legatum non deberetur: eo mortuo post calendas, debetur. Sed legatum debetur, tum quia collatum est in tempus mortis: tum vero maxime, quia ab initio non fuit inutile legatum. Potius enim non fuit ab initio datum, quam datum inutiliter: legatum enim Titio utiliter datur, cum Titius sit capax legati. Datum autem ab initio non est, propter adjectionem conditionis, qua id efficitur, ut nihil legatum sit, si testator ante calendas moriatur. Quoties legatum ab initio inutiliter datum non est, regula Catoniana locum non habet: ut alias dicemus. Aliud exemplum proponitur in §. *ult. ejusd. l.* Legatus tibi fundus est, qui scribendi testamenti tempore tuus erat: si eum, vivo testatore alienaveris, legatum tibi debetur, quod si testamenti tempore testator decessisset, non deberetur. Sed in hoc legato supponendum est, adjectam fuisse similem conditionem, videlicet: *si tempore mortis fuerit alienus.* Caeterum si pure fuerit legatus fundus, utique non convalescet legatum, etiamsi mortis tempore fuerit alienus, *l. caetera* 41. §. *tractari D. de leg.* 1. Valet autem adjecta conditione: *si tuus non erit cum moriar l. heredem* 18. *D. de leg.* 2. *l. mea res* 98. *D. de cond. et demonst.* Tertium exemplum proponitur in *l.* 2. *D. de reg. Caton.* *Si filia mea Titio nupta erit:* spectatur tempus mortis: nam hae conditiones in tempus mortis conferuntur *l. in conditionibus* 19. *D. de cond. et dem. l.* 2. *et l. scribit* 34. *D. de aur. et arg. leg.* Imo tardius etiam producuntur, patrocinante testatoria voluntate *d. l. in conditionibus in princ.* Haud aliter est constitutum in institutione posthumi: nam et is, qui uxorem non habet posthumum instituere potest: imo et qui generare facile non potest, et spadones possunt posthumum instituere; et instituto posthumo non solum is institutus videtur, qui nascitur ex ea, quam habet uxore, sed etiam is, qui, ex quacumque uxore nascetur quandocumque: nam et haec institutio ultra mortem producitur *l.* 4. 5. *et* 6. *in princ. D. de liber. et post.*

Tertio, non obtinet regula Catoniana, nec tempus conditi testamenti spectatur in servis, quibus aliquid lagatum est. Cum servis non est testamenti factio, nisi ex persona dominorum *l.* 5. *ff. de servit. leg. l. si mihi et tibi* 12. *D. de legat.* 1. Nihilominus id, quod domino inutiliter legaretur, utilitar servo legatur. Rectissime enim Julianus definivit, servo alieno legari posse, quod ipse liber 13

factus capere posset, *l. debitor* 82. *D. de legat.* 2. Spectatur igitur in legatis potius persona servi, quam domini, quia ex persona servi legatum consistit *d. l. debitor* 82. §. *ult. ff. de leg.* 2. in qua duo proponuntur exempla. Legasti servo alieno rem domini. Utique si ipsi domino legasses, inutile esset legatum §. *sed si rem* 10. *inst. tit. de leg. l. Maevius* 66. §. *fundo vers. sin autem ff. de leg.* 2. *l. cum quis decedens* 37. *in princ. ff. de leg.* 3. Sed cum servo ejus legaveris, utile est legatum *d. l. debitor in fin.* Rursus legasti servo alieno, quod domino ejus pure debebas: valet legatum. Quod si domino ejus legasses, non valeret §. *ex contrario* 14. *instit. tit. de legat. d. l. debitor.* Sed ita demum valent haec legata, si servus liber sit, cum dies legati cedit. In his igitur legatis spectatur tempus legati cedentis, non tempus conditi testamenti. Nam si eo tempore decessisset testator, legatum non valuisset, quia tunc servus erat legatarius, ac sibi acquirere non poterat, nec domino suo.

14 Simile exemplum proponitur in *l. si servus* 82. *ff. de acquir. hered. si servus ejus, qui capere non potest, heres instituatur, et antequam jussu domini adeat hereditatem, manumissus alienatusve sit, et nihil in fraudem legis factum esset, ipse admittitur ad hereditatem.*

15 Aliud in *l. si deportati* 7. *in princ. ff. de leg.* 3. Si deportati servo fideicommissum fuerit adscriptum, ad fiscum pertinere dicendum est: nisi si eum deportatus vivo testatore alienaverit, vel fuerit restitutus, tunc enim ad ipsum pertinebit. Deportatus institui non potest, nec est cum eo testamenti factio *l.* 1. *C. de hered. instit.* Servus autem testamenti factionem habet ex persona domini *l. si alienum* 49. §. *in extraneis l. non minus* 31. *ff. de hered. instit.* Igitur si spectandum esset tempus conditi testamenti, fideicommissum non valeret, nec domino ejus posset acquiri. Valet autem in his duobus exemplis institutio et fideicommissum, quia qui instituit incapacis servum, non tam respicit domini personam, quam ipsius servi, quem scit domino acquirere non posse. Cum igitur ille; qui servum alienum instituit, eo animo instituat, ut aut servus ipse sit heres, aut dominum heredem faciat *l. si paterfam.* 11. *de hered. instit.* hic autem non possit animum intendere ad dominum praesentem, quem scit capere non posse: necesse est eo animo esse, ut aut servus ipse sit heres, si manumittatur, aut dominus ad quem pervenerit, et capax sit hereditatis, quicumque ille fuerit, etiamsi is, qui in praesens dominus est. Licet etiam incapacem heredem scribere sub conditione, cum capax erit, *l. in tempus* 62. *ff. eod.* Et ad hanc sententiam amplectendam eo procliviores fuisse Jurisconsultos arbitror, tum ad declinandum odium legis Papiae caducariae, argumento *l. interpretatione* 42. *ff. de poen.* tum propter exemplum legatorum, de quibus paulo ante diximus.

A servis non discedamus. Is demum potest directam libertatem servo dare, 16
qui utroque tempore, et quo testamentum fit, et quo moritur, testatoris fuit *l. Servius* 35. *ff. de manum. testam.* Et hoc consentaneum est regulae Catonianae. Aliquando tamen ab hac regula receditur. Et primum in *l. generaliter* 24. §. *si homini libero D. de fideicom. libert. Si homini libero fuerit libertas per fideicommissum adscripta: et is in servitutem redactus proponatur, petere potest libertatem, si modo mortis tempore, vel conditionis existentis inveniatur servus.* Homini libero libertas inutiliter datur; itaque si spectemus tempus conditi testamenti, inutile est fideicommissum, spectatur autem solummodo tempus mortis, et cessat hoc casu regula Catoniana. Secundo in *l. si servi* 30. *D. de manum. testam.* neutrum tempus spectatur. *Si servi, qui apud hostes sunt liberi esse jussi sunt, ad libertatem perveniunt, quamvis neque testamenti neque*

mortis tempore testantis, sed hostium fuerunt. Sed haec benigne recepta sunt favore libertatis *l. quoties dubia* 20. *D. de reg. jur.* Huc tamen omnino non pertinet *l. verum* 58. *D. de manum. testam.* quia ibi spectatur tempus conditi testamenti, et aditionis, quia libertatis servo proprio relictae dies cedit ab adita hereditate *l. heredis* 7. *in fin. cum leg. seq. D. quan. di leg. cedit l. un. §. libertatis C. de caduc. toll.* et licet medio tempore fuerit alienus, tamen media tempora non nocent *l. si alienum §.* 1. *D. de hered. inst. §. in extraneis inst. tit. de hered. qual. et differ.* Praeterquam quod regula Catoniana non pertinet ad legata, quorum dies non cedit a morte testatoris *l.* 3. *D. de reg. Caton.*

17 Quarto loco cessat regula Catoniana, et mortis tempus attenditur, non conditi testamenti, quando legatum non est vitiosum, nec ab initio inutile: sed tantum quaeritur de persona, quae non habebat tempore testamenti qualitatem requisitam a testatore, quam postea acquisivit. Exemplum in *l. si cognatis* 19. *D. de reb. dub.* Testator legavit cognatis suis. Titius non erat cognatus tempore testamenti: postea per adrogationem factus est cognatus, ita, ut mortis tempore cognatus esset testatoris. Admittitur ad legatum, licet tempore testamenti cognatus non esset. Nec tamen ei obstat regula Catoniana, quae de vitio legati loquitur, quod reddit inutile legatum, si testator statim decedat, non de deficiente qualitate legatarii. Si statim decessisset testator, utique legatum relictum cognatis constitisset, licet ille, qui postea factus est cognatus, non fuisset admissus. Hic igitur quaestio existit, non de validitate legati, de qua prodi est regula Catoniana: sed de personis, quae

18 admittendae sunt ad legatum. Contra, si Titius erat cognatus tempore testamenti, postea tamen cognatus esse desiit, nihilominus ad legatum admittetur *d. l. si cognatis in princ.* modo in civitate manserit. Nam si esset deportatus, non admittetur *d. l. si cognatis et l. eum qui post.* 104. *D. de cond. et demon.* Nec his obstat altera regula, quod vitiatur id, quod initio valebat, si reciderit in eum casum, a quo incipere non poterat, *l.* 3. *in fin. D. de his, quae pro non script. hab.* Etenim ea quoque regula pertinet ad validitatem actus, non ad personas, quas voluit comprehendere testator. Si Titius civitatem amisisset; atque ideo factus esset incapax legati, non posset capere ex testamento, utique non valeret in ejus persona legatum *l.* 3. *in princ. D. de his, quae pro non script. l.* 1. *C. de hered. instit.* Sed cum civitatem non amiserit, nec sit incapax capiendi ex testamento defuncti, solummodo quaeritur de voluntate testatoris, an ipsum voluerit comprehendere nomine cognatorum, in quorum numero erat, eum testatus fuit, licet postea esse desierit. Est igitur animadvertendum, quod in similibus causis alterum tantummodo tempus sufficit sive facti testamenti, sive mortis testatoris. Contrarium tamen constitutum est in legatis, quae praestanda 19
sunt a filio, qui obtinuit bonorum possessionem contra tabulas. Praetor data hac bonorum possessione conservat legata relicta in testamento liberis, et parentibus, uxori, nuruique dotis nomine *l.* 1. *in princ. ff. de leg. praest.* Hos autem omnes habere hanc qualitatem a Praetore requisitam oportet tempore mortis, quo dies legati cedit *l. intervenit* 24. *l. sed etsi pro dote* 19. *in princ. et §.* 1. *ff. de legat. praest.* Ergo in hac causa solum tempus mortis spectandum est. Idem constitutum est in fideicommisso familiae relicto, *l. cum ita* 32. *alias l. omnia* 32. *§. ult. ff. de leg.* 2.

Aliud exemplum in *l. in substitutione* 20
31. *ff. de vulg. et pupill.* In substitutione filio facta his verbis: *quisque mihi ex supra scriptis heres erit, idem filio heres esto:* sufficit aliquem quandoque heredem fuisse, quamvis eo tempore, quo moritur pupillus, non sit

amplius heres, forte remotus ex causa de inofficioso: nisi adjecta fuerit aliqua particula extremitatem temporis demonstrans, ut in §. 1. *ejusdem legis.* Sed et hoc casu eadem ratio. Non enim quaeritur de validitate substitutionis, sed de tempore, quo adesse debeat qualitas a testatore requisita in eo, quem vocavit ad substitutionem.

21 Sunt et aliae causae, in quibus subsistit ultima voluntas, nec inspicitur tempus facti testamenti. Elegantissimum exemplum affertur in *l. cum servus* 49. alias *l. apud. Julianum* 40. §. *si Titius ff. de leg.* 1. Titius a me fundum emit, et antequam ei traderem, eum mihi legavit: mox ei tradidi, et pretium recepi. Videtur prima facie non consistere legatum, quod rem meam mihi legasset, ut ait ibi JC. Nam venditor, qui nondum tradidit emptori rem venditam, ejus rei dominus est §. *cum autem in fin. inst. tit. de empt. et vend.* traditionibus enim, non nudis pactis dominia rerum transferuntur, *l. traditionibus* 20. *C. de pact. L. per traditionem* 40. *inst. tit. de rer. divis.* Nihilominus tamen responsum est a Juliano, legatum valere, et posse rem legatam vindicare: imo, si pretium ei a Titio solutum non fuerit, ex vendito aget, ut pretium consequatur: et ex testamento, ut recipiat rem, quam vendidit, et tradidit. Sed hoc ita constitutum arbitror, quia licet venditor sit dominus, antequam rem tradat, tamen tenetur eam tradere, et emptor habebat actionem ad rem consequendam, qui autem actionem habet, rem ipsam habere videtur *l. is qui actionem* 15. *ff. de reg. jur.* et res ejus dicitur, qui actionem habet ad rem consequendam, *l. magis puto* 5. §. *fundum ff. de reb. eor. l. si partem* 19. *in fin.* Ibi: *quia scilicet tua esse coeperat D. quemadmod. servit. amit. l. quaesitum* 91. §. *penult. D. de leg.* 1. et pervenisse res dicitur ad eum, qui rem persequi potest, licet possessionem ejus nactus non sit, *l.* 2. §. *pervenisse D. de hered. vel act. vend.* Itaque Titius de re empta disponit tamquam de re sua, cum in ejus arbitrio sit, quandocumque eam soluto pretio consequi.

Alterum exemplum est in *l. non oportet* 52. *D. de leg.* 2. quae deprompta est ab libro tertio Clementis ad legem Juliam et Papiam, et connectit cum lege antecedenti, quae est Ulpiani ex libro octavo ad eamdem legem. Hac lege inter alia sanciebatur, ut relicta incapaci ad fiscum devolverentur, *l. un.* §. *pro secundo C. de caduc. toll. l. edicto* 13. *D. de jure fisci.* Sed haec incapacitas non aestimatur de tempore testamenti; sed de tempore, quo hereditas, legatumve ad fiscum pertineat. Ratio est, quia incapacitas praecedens vitiat quidem legatum, et institutionem, sed ita, ut pro non scriptis habeantur, non ut ad fiscum perveniant, *l.* 3 *ff. de his, quae pro non script. l. sunt quidam* 17. *ff. de poen. l. si quis mihi bona* 25. §. *Si quis plane* 3. *ff. de acquir. vel omit. hered. l. in metallum* 12. *ff. de jure fisci*; ubi verbum *postea* non significat *quandocumque*, sed post conditum testamentum usque ad mortem. Itaque quoad fiscum in causa caduci spectatur tempus, quo legatum vel hereditas ad fiscum devolvitur. 22

CAPUT XXIII.

Ad L. quod initio 29. ff. de reg. jur.

SUMMARIUM.

I. Regula: quod ab initio vitiosum est, tractu temporis; non convalescit; pertinet proprie ad contractus.
II. Servus, si tempore, quo cedit dies, sit manumissus, sibi acquirit, hereditatem aut legatum; non ita est in stipulatione.
III. Servus hereditarius usumfructum stipulari non potest neque pure, neque sub conditione, ei autem legari potest.
IV. Servus stipulari potest viam ad fundum domini illi autem legari non potest.
V. Filius et servus de debito etiam conditionali non possunt pacisci de non petendo; possunt vero de legato conditionali.
VI. Obligatio conditionalis transit ad heredes, creditore decedente ante eventum conditionis, non idem est in legato.

VII. In legatis conditionalibus conditio non retrotrahitur. In contractibus retrotrahitur ad tempus celebrati contractus.
VIII. Initium coulractos vitiosum reddit vitium intrinsecum, non impedimentum accidentale.
IX. Impedimento extrinseco remoto contractus convalescere potest. Exempla, et n. X. XI. XII. XIII.
X. Provinciam administrantes in ea nubere prohibebantur. Post depositum officium nuptiae convalescebant. Senatores uxorem libertinam ducere non poterant; dignitate amissa valebat matrimonium.
XI. Venditio fundi dotalis a marito facta convalescit, uxore defuncta in matrimonio.
XII. Venditio rei furtivae convalescit, venditore existente herede rei domino.
XIII. Rei alienae pignus convalescit, si oppignorans ejus dominium acquirat.
XIV. Pignus in re, in qua nullum jus habemus, constituere non possumus. Conciliatur L. rem alienam 41. ff. de pignorat. act. cum L. si Titio 21. ff. de pignor et n. XV.
XV. Pignus rei alienae an ullam obligationem pareret, veteres dubitarunt.
XVI. Exponitur L. gerit 88. de acq. hered. et n. XVII. XVIII.
XVII. Hereditas jacens detinet omnia bona defuncti, et etiam possessionem.
XVIII. Et usucapio non interrumpitur, imo tempus, quo jacet, computatur ad eam complendam.
XIX. Precario rem habens, aliquo modo possidet.
XX. Heres impugnare non potest factum defuncti.

1 Fidem meam liberabo, et munus promissi omne conficiam. Quod initio vitiosum est, tractu temporis non convalescit *l. quod initio* 29. *ff. de reg jur.* Haec regula generalis est, potissime tamen pertinet ad contractus: sicut regula Catoniana propria est de legatis. Nam in contractibus initium spectamus *l. si procuratorem* 8. *in princ. ff. mandat. l. si id quod* 58. §. *si filiusfam.* 78. *in princ. ff. de V. O.* Imo et in quasi contractibus *l. Pomponius* 15. *ff. de negot. gest.* et etiam in delictis *l.* 1. *in princ.* §. 1. *et* 2. *ff. de poen.* ac propterea, si initium vitiosum est, non potest valere contractus. In legatis autem non initium spectamus, sed tempus, quo dies legati cedit, *l. ususfructus* 26. *ff. de stipul. servor.* Ratio differentiae est, quia in contractibus aut statim nascitur obligatio, aut saltem necessitas, per quam non possunt contrahentes amplius a contractu recedere *l. sicut* 5. *C. de oblig. et act. l. quamvis* 39. *C. de transact.* Contra in legatis neque ab initio ulla nascitur obligatio, nec ulla necessitas adstringit testatorem, quia potest pro arbitrio mutare voluntatem, et legata adimere, et transferre, et nolle quod semel voluit: est enim ejus voluntas ambulatoria usque ad extremum vitae spiritum *l. cum hic status* 32. §. *poenitentiam ff. de donat. inter vir. et uxorem l. quod si iterum* 4. *ff. de adim. vel transf. leg.* Atque discrimen perspicue dignoscitur ab effectis, quae breviter exponenda sunt, ut, quod tempus spectari debeat, intelligamus.

I. Si servus meus pro parte heres fuerit institutus pure, pro alia parte sub 2
conditione, et jussu meo adiverit partem hereditatis, in qua pure fuit institutus, eam partem mihi acquirit: quod si conditio alteri parti adjecta extiterit postquam manumissus fuerit, non mihi acquirit illam portionem, sed sibi *l. si solus* 80. §. 1. *ff. de acquir. hered.* Hoc ideo, quia non attenditur, cujus conditionis fuerit tempore institutionis aut tempore mortis, sed praesens tempus delatae hereditatis. Animadvertendum tamen est, quod necesse est, ut habuerit coheredem aut substitutum: si enim heres esset in tota hereditate, adeundo partem pure relictam, acquireret etiam aliam partem non expectata conditione *l. cum heres* 52. §. 1. *ff. eod.* adeoque tunc tota domino acquireretur. Ad rem redeamus. Idem obtinet in legatis: si legatum fit servo, vel filiofam. et is tempore, quo dies legati cedit, suae potestatis sit, ei acquiritur legatum; contra si stipulatus sit servus vel filius, acquirit domino vel patri, etiamsi tempore existentis conditionis, quo tempore nascitur obligatio, sui juris sit *l. quae legata* 18. *in fin. ff. de reg. jur. l. si filiusfam.* 78. *ff. de V. O.* quia in contractibus inspicitur tempus, quo contrahitur *l. non omne* 144. *ff. de reg. jur.*

II. Servus hereditarius usumfructum 3
stipulari non potest, neque pure, neque sub conditione. Non pure, quia nulla est persona, cui adhereat, usufructus

tamen sine persona esse non potest. Non sub conditione, quia licet conditio possit existere post aditam hereditatem, quo casu posset heredi acquiri, et non deesset persona, cui inherere posset: tamen cum stipulatio vires capiat ex praesenti, non potest valere stipulatio. Contra legatum valet sive pure, sive sub conditione relictum, quia ex praesenti vires non accipit, sed cum dies cesserit, et potest dies cedere ab aditione hereditatis, cum servus heredis factus est *l. usufructus* 26. *ff. de stipul. serv.* Imo etsi servus in tempus alienationis, vel manumissionis contulerit obligationem, vel filius in tempus emancipationis, nihilominus domino, et patri acquiritur obligatio *l. ult. ff. eod.* nisi id bona fide fecerit, ut in *l. quidam* 46. *ff. de hered. instit.* Contra legatum et expresse, et etiam tacite conferri potest in tempus manumissionis, et emancipationis, atque etiam hereditas, ita ut manumisso vel filio acquiratur *l. cum filiofam.* 50. *in princ.* et in *§. ex his, ff. de leg.* 3. *l. si ancilla* 58. *l. duos.* 70. *l. avia* 77. *l. si cui legatum* 92. *cum seq. de cond. et demonstr.*

4 III. Non potest servo legari via ad fundum domini *l.* 5. *ff. de servit. leg.* Contra vero servus viam stipulari potest, sicut etiam iter, et actum, et eas servitutes domino acquirere *l. proinde* 7. *in fin. l. si communis* 17. *ff. de stipul. servor. l. si unus ex sociis ff. de servit. rust. praedior.* Valet stipulatio, quia ex praesenti vires capit, et ideo via acquiritur domino servi, qui stipulatur, eique acquiri potest, cum sit dominus fundi, ad quem viam, iter, actum servus stipulatus est, *§. ideo autem inst. tit. de servit. rust. et urban. praed. l.* 1. *§.* 1. *ff. commun. praedior. l. si quis duas* 8. *ff. eod.* Non valet legatum harum servitutum servo relictum, quia non accipit vires ex praesenti, sed cum dies legati cedit: hoc autem tempore fieri potest, ut qui servus erat tempore conditi testamenti, modo sit liber, quo casu nec domino potest acquirere servitutem, quia servus amplius ejus non est, nec sibi, quia praedium non habet *d. l. qui duas* 7. *ff. de servit. rust. praed.* Ut autem valeat legatum servo relictum, necesse est, ut ejusmodi legatum liber factus sibi possit acquirere. Licet enim testamenti factionem habeat ex persona domini, tamen legatum consistit ex persona servi *d. l.* 5. *ff. de servit. leg. l. debito* 73. *§. ult. ff. de leg.* 2.

IV. Filiusfam. et servus non possunt pacisci de non petendo id, quod patri, et domino debetur. nisi ex causa peculiari debeatur *l. contra* 28. *in fin. ff. de pact.* nequidem si ex contractu conditionali debeatur, quia patri acquiritur obligatio et actio, etiamsi conditio extiterit, postquam a potestate fuerint liberati *l. si filiusfam.* 78. *ff. de V. O.* possunt tamen pacisci de legato conditionali *l. et heredi* 21. *§. item filiusfam. ff. de pact.* 5

V. Contractus conditionales transeunt ad heredes, eisque acquiritur obligatio, si conditio existat post mortem creditoris conditionalis *§. sub conditione* 4. *in fin. inst. tit. V. O.* quia obligatio ex contractu conditionali ex praesenti vires accipit *l. usufructus ff. de stipul. servor.* etsi nondum nata, saltem concepta est obligatio, quae spem non inanem producit, easque constituit creditorem *l. is cui* 42. *D. de oblig. et act. l. conditionales* 54. *ff. de V. S.* illa ipsa spes ad heredem transmittitur *d. §. sub conditione.* Contra legatum conditionale ad heredem non transit *l. legata* 41. *D. de cond. et dem. l. cum heres* 4. *et seq. D. qu. di leg. ced.* Etenim pendente conditione non est creditor *l. is cui* 42. *D. de obl. et act.* quo fit, ut nec spem habeat, quam possit ad heredem, transmittere, argumento *l. creditores* 54. *D. de V. O.* Ex hoc promanat alter effectus; quod stipulatio in annos singulos una est, et perpetua, et ad heredes transit *l. si Stichum* 16. *§.* 6

1. *D. de V. O.* Legatum in annos singulos non unum est, sed plura *l. cum in annos* 10. *D. qu. di leg. ced.* et singulis annis capacitas inspicitur *l. cum in annis* 11. *ff. de ann. leg.* ideo servo relictum domino acquirit, quandiu servus est, si liber fiat sequentium annorum sibi acquirit *l. nec semel* 12. §. *inde Julianus ff. qu. di leg. ced.* Et hoc legatum morte legatarii expirat *l. si in singulos* 4. *ff. de ann. leg.*

7 VI. In legatis conditionalibus non retrotrahitur conditio ad tempus conditi testamenti, quia vires accipit a morte testatoris: in contractibus retrotrahitur ad tempus celebrati contractus: ac propterea potior est in pignore creditor, qui sub conditione contraxit, eo qui pnre postea contraxit ante eventum conditionis *l. potior* §. 1. *ff. qui pot. in pignore.*

8 Ex his efficitur, hanc regulam proprie pertinere ad contractus, in quibus initium spectamus: quod si vitiosum fuerit, contractus consistere non potest. Quod tamen intelligendum est de vitio intrinseco, quod substantiam contractus inficit: non de impedimento accidentali, quo remoto, contractus potest subsistere. Utrumque explico. Res Sacrae, Religiosae, publicis usibus destinatae, liber homo, sunt extra commercium §. *non solum* 4. *instit. de legat. l. cum servus* 32. §. *ult. ff. de leg.* 1. *l. si emptione* 34. §. 1. *ff. de contr. empt.* sine re autem, quae in obligationem deducatur, nulla est stipulatio. Quamobrem nec valet harum rerum stipulatio ab initio, nec convalescit, si in commercio esse coeperint. Laborat enim vitio intrinseco, quod ejus substantiam inficit *l. inter* 83. §. *rem sacram ff. de V. O.* Idem obtinet in stipulatione rei nostrae. Stipulamur enim, ut res nostra fiat: res autem amplius nostra fieri non potest. §. *sed si rem* 10. *inst. de leg. l. non ut ex pluribus* 159. *ff. de reg. jur. l.* 3. §. *ex plurimis ff. de acquir. posses.* et quod nostrum est nobis dari non oportet §. *sic itaque* 14. *inst. tit. de action.* Dare enim non videtur, qui rem non facit accipientis *l. non videtur* 167. *ff. de R. J.* Quamobrem qui promittit se daturum, omnimodo debet rei promissae dominum efficere stipulatorem *l. ubi autem* 75. *in fin. ff. de V. O.* Igitur, qui promittit se mihi daturum rem meam, promittit rem impossibilem, adeoque vitiosa est stipulatio, et vitium est intrinsecum, et substantiale, nec potest tractu temporis convalescere stipulatio §. *idem juris iustit. tit. de inut. stipul* Non aliter se res habet in servo alieno manumisso: natura enim omnino repugnat, ut quis libertatem det servo, cujus dominus non est: servitus enim ea est, quae hominem dominio nostro subjicit § *servitus inst. tit. de jur. person. l. libertas* 4. §. 1. *ff. de stat. hom.* Non potest igitur quisquam eum a servitute liberare, nisi a se avellendo dominium, quod habet, quodque ei tribuit servitus: nec potest avellere a se dominium, si nullum in eo homine dominium habet. *l. nemo plus juris* 54. *D. de reg. jur. l. nemo plus commodi* 120. *D. eod.*

Quod si contractus sit inutilis propter aliquod vitium extrinsecum, hoc est, propter aliquod impedimentum, quod specialis aliqua lex ipsi opposuit; remoto postea impedimento, quod obstabat contractui, solet confirmari, et convalescere, cum nihil amplius obstet, quin valeat. Hoc etiam exemplis est explicandum. Primum exemplum habemus in nuptiis. Ex mandatis Principum, qui provinciam administrant prohibentur in ea provincia uxorem ducere. Si matrimonium in ea provincia contraxerint contra mandata principum, matrimonium nullum est. Sed si post depositum officium in eadem voluntate manserint, nuptiae justae efficiuntur, et ideo liberi postea nati legitimi sunt: quia nati sunt ex justo matrimonio, quod post depositum convaluit, remoto impedimento legis *l. eos* 65. *D. de rit. nupt.* et hoc Pauli responsum totidem fere verbis confirmat Imperator 9

Gordianus in *l. etsi contra* 6. *C. de nupt.* Sed est animadvertendum quod tam Paulus, quam Gordianus ajunt, liberos postea natos esse legitimos: non autem eos, qui nati fuerunt ante depositum officium, quia hi non fiunt legitimi, etiamsi matrimonium convaluerit. Matrimonium convalescit, quia non laborat vitio intrinseco, quod matrimonii substantiam inquinaret. Sed ratio potentatus ipsum prohibuerat, ut ait Papinianus in *l. praefectus* 63. *D. de ritu nupt.* Liberi nati ante depositum officium, eo deposito non fiunt legitimi, quia vitio intrinseco laborant, cum ex vetito, et illegitimo matimonio nati sunt. Quamobrem licet nati ex concubina per subsequens matrimonium legitimi fiant §. *ult. inst. tit. de nupt.* tamen nati ex illo matrimonio non fiunt legitimi, etiamsi matrimonio convaluerit. Ratio est, quia illi vitium non contraxerunt; neque enim progeniti fuerunt ex conjunctione legibus interdicta *l. cum quis* 14. *C. de natural. liber.* hi autem, cum progeniti fuerint ex conjunctione legibus interdicta, vitio intrinseco laborant.

10 Aliud in nuptiis exemplum nobis suppeditat Ulpianus in *l. si quis* 27. *D. de rit. nupt.* Lex Julia vetuit, ne senator, ejusve filius, aut nepos libertinam uxorem duceret *l. lege Julia* 44. *D. de ritu nuptiar.* tamen si eam contra praeceptum legis duxerit, et postea amiserit dignitatem, ea, quae ante amissam dignitatem uxor non erat, quia matrimonium illegitime contractum erat: post amissam a viro dignitatem uxor esse incipit, *d. l. si quis* 27. Nimirum quia hujusmodi matrimonium vitio extrinseco laborat: quod tollitur amissa dignitate: nam prohibitio legis eo tantum pertinet, ne dignitas senatoria contaminetur. Hoc impedimento remoto, nulla causa est cur matrimonium non debeat subsistere *l. senatoris* 47. *D. eod.* Non absimile exemplum habetur in *l. si quis tutor* 60. §. *quid ergo si adoptivus D. de rit. nupt.* Senatusconsulto cautum est, ne tutor pupillam vel filio suo, vel sibi nuptum collocet *l. Senatusconsulto* 59. *D. eod.* Tutor filio suo adoptivo pupillam suam nuptum collocavit: postea filium emancipavit: matrimonium ab initio illicite contractum convalescit: quia post emancipationem in totum adoptivae familiae filii obliviscuntur *d. l. si quis tutor.* Nimirum quia removetur impedimentum, propter quod hujusmodi nuptiae sunt interdictae: videlicet, ne pupillae in re familiari circumscribantur ab his, qui rationes eis gestae tutelae reddere compelluntur, *l. libertum* 64. §. 1. *D. eod.*

Alia exempla proponuntur in venditione a Papiniano in *l. cum vir* 42. *D. de usurp. et usucap.* Maritus non potest vendere praedium dotale id prohibente lege Julia de fundo dotali *l. lex Julia* 4. *l. si fundum* 16. *D. de fund. dot. princ. tit. inst. quib. alien. lic. vel non* et si vendiderit, venditio non valet, *l. cum vir praedium* 42. *D. de usurp. et usucap.* Sed si defuncta in matrimonio muliere dos lucro mariti cesserit, adeoque liberum dominium fundi acquisiverit, venditio, quae ab initio erat inutilis, convalescit, et confirmatur *d. l. cum vir* 42. Merito. Fundus enim dotalis durante matrimonio mariti est, *princ. tit. instit. quib. alien. licet vel non.* Proinde ex vi dominii potest res dotales alienare, sicut et servum dotalem etiam invita uxore manumittere *l. dotalem* 61. *D. sol. matrim.* Sed ut caveatur uxori, lex Julia ejus fragilitati indulgens, ne indotata remaneat, prohibuit fundum dotalem a marito alienari, quod etiam consentiente uxore fieri vetuit Justinianus *d. princ. tit. inst.* Cessat autem hoc impedimentum, haec prohibitio, quoties dos lucro mariti cessit. Dominium, quod habebat constante matrimonio, et quod ne quidem ab uxore poterat ab eo avelli *l. si praedium* 23. *C. de jure dot.* sed tamen erat revocabile, per matrimonii dissolutionem, fit irrevocabile, et liberum, et pleno jure apud eum residet, cum dos 11

ejus lucro cedit. Non fuit ab initio inutilis venditio propter aliquod vitium intrinsecum, sed propter extrinsecum impedimentum legis dotibus faventibus. Itaque etiam mortuo marito, licet tunc dominium ad uxorem revertatur, et praedium dotale possit vindicare *l.* 3. *C. de rei vindic.* tamen si legatum a marito acceperit, et hoc amplius maritus emptorem praedii rogaverit, ut pretium ei restitueret; oblato uxori ab emptore pretio, si mulier praedium vindicet, repellitur exceptione doli mali *l. cum pater* 77. §. *qui dotale* 5. *D. de leg.* 2. Sed hoc casu convalescit venditio, non ipso jure, sed ope exceptionis, quia maritus amplius dominus non est, et sola voluntas mariti non sufficit ad confirmandam venditionem: quare si mulier legatum repudiasset, posset suum fundum vindicare, nec ei obstaret exceptio.

12 Aliud exemplum proponit Papinianus in laudata *l. cum vir* 42. *D. de usurp. et usucap.* in venditione rei furtivae. Res furtiva, antequam vitium purgetur, usucapi non potest, id prohibente lege Atinia *l. sequitur* 4. §. *quod autem l. non solum* 33. *in princ. D. eod.* § *furtivae instit. tit. de usucap.* Quidam vendidit rem furtivam, postea extitit heres domino ejus rei: adeoque ipsius dominium acquisivit: convalescit venditio, et emptor incipit usucapere *d. l. cum vir* 42. sed id obtinet, quia vitium purgatum est, cum domino sit satisfactum *l. sequitur* 4. §. *tunc in potestatem* 20. *cum seq. D. eod.* nam vitium purgatum est, et in potestatem domini venisse res dicitur, cum ejus vindicandae potestatem habuerit *l. potestatis* 215. *D. de V. S.* Confirmatur autem venditio aut ipso jure, si rem non vindicat ab emptore, aut ope exceptionis doli mali, si vindicet. Existimaverim tamen, quocumque modo convalescere venditionem ipso jure: quia heres adeundo hereditatem approbat omnia, quae gessit defunctus, et ad ea servanda obligatur *l. si ab eo C. de liber. caus.* Cum autem venditio solo consensu contrahatur *l.* 2. *D. de oblig. et act.* multo magis potest confirmari: sufficit enim consentire emptorem, ac venditorem ad contrahendam emptionem *d. l.* 2. §. 1. ergo multo magis ad eam confirmandam.

Aliud exemplum est in pignore. Rem 13 alienam pignori obligare non possum *l. aliena* 10. *D. de pignor. act.* Quod si rem alienam pignori dedero, et postea ejus dominium sim consecutus, quia heres extiti domino rei, pignus convalescit, non quidem directo, sed per utilem actionem pignoratitiam, quae datur creditori. Sed hic quoque pignus non laborat vitio intrinseco, licet enim res aliena pignori dari non possit, tamen etiam res futurae veniunt in pignore generali, quas postea debitor acquisiverit *l. et quae nondum* 15. §. 1. *ff. de pignor. l. ult. C. de remis. pignor.* Praeterea pignorantem non est necesse dominium habere rei pignoratae, nec enim dominium transfert in creditorem, sed sufficit rem esse in bonis ejus *d. l. et quae nondum* §. 1. Itaque possum obligare rem mihi debitam, seu nomen debitoris *l.* 3. §. 1. *ff. qui potior. in pignor. l. nomen C. quae res pign. oblig. pos.* et rem pignoratam *l. grege* §. *cum pignori ff. de pignor.* rem, in qua habeo usumfructum *l. et quae nondum* 15. *in princ. l. si is qui* 11. §. *ususfructus ff. eod.* vel jus superficiarium, aut emphyteuticum *l. tutor* 16. §. *ult. D. de pignor. action. l. etiam superficies* 15. *ff. qui pot. in pign. hab.* imo etiam rem, quam bona fide possideo *l. si ab eo* 18. *ff. de pignor.* Ex quibus efficitur, dominium rei non esse de natura pignoris, cum etiam sine illo possit pignus consistere: ac propterea ejus defectum reddere quidem inutile pignus, non tamen vitiosum ita ut non possit convalescere. Verumtamen cum non possit aliquis in re, in qua nullum jus habet, constituere jus pignoris: idcirco valde apud veteres controversum fuit, an acquisito dominio pignus convalesceret.

Primum enim Papinianus in *l.* 1. *in princ. ff. de pignor.* ait *debitori dominio quaesito, difficilius creditori, qui non ignoravit alienum, utilis actio dabitur, sed facilior erit possidenti retentio.* Si creditor cum pignus accepit, sciebat alienum esse, putat non esse dandam ei pignoris persecutionem: non tamen audet eam ipsi absolute denegare; sed ait quod difficilius ei dabitur persecutio, si non possideat, quam retentio si possideat. Paulus autem in *l. rem alienam* 41. *ff. de pignor. act.* sine haesitatione ait, quod si dominus rei, quam Titius sine ejus voluntate pignori dedit, eidem Titio heres existat, licet idem sit dominus rei, et debitor nihilominus pignus non convalescit, nec creditor habet utilem actionem ad rem pignoratam persequendam. Itaque Papinianus non dat actionem scienti creditori: Paulus eam denegat, quando dominus successit debitori pignoranti. Contra Modestinus eodem casu dat eam creditori in *l. si Titio* 22. *ff. de pignor.* Peliam lavant, qui duas hasce leges conciliare contendunt. Verissimum puto, quod admonuit doctissimus Cujacius, Modestinum, qui multo post Papinianum, et Paulum floruit, controversiam, quae olim extabat hac de re, sustulisse, quod procedente tempore obtinuisset sententia, actionem persecutionemque pignoris dandam esse creditori, quoties quaesitum est debitori dominium, ex aequitate, cum heres probare teneatur factum defuncti, ut ad superius exemplum diximus *l.* 3. *C. de reb. alien. non*
15 *alien.* Quantum autem ad rem nostram attinet, videntur veteres etiam dubitasse, an ulla obligatio nasceretur ex pignore rei alienae. Certe Tryphoninus id absolute denegare non audet: Ibi: *quali quali obligatione a debitore interposita l. rescriptum* §. 1. *ff. de distr. pign.* Neque enim possum assentiri doctissimi viri interpretationi, qui ita explicat *qualis qualis* id est, *nulla*. Qui *qualem qualem* obligationem dicit; nihil quidem certo affirmat, cujusmodi sit ea obligatio, sed tamen aliquam esse supponit, vel saltem esse posse. *Qualis qualis*, id est, *qualiscumque*, vel ut Cicero ait, *qualislibet*. in *l.* 2. §. 1. *D. de bon. posses. sec. Tab. Si sub conditione heres institutus Filius sit, Julianus peraeque putavit secundum tabulas competere ei, quasi scripto, bonorum possessionem, qualis qualis conditio sit, etiam si haec: si navis ex Asia venerit.* In *l. eum qui* 5. *in fin. ff. de const. pecun. qualem qualem servum domino acquirere obligationem.* In *l. is qui heres* 13. *in princ. ff. de acquir. vel om. hered. Caeterum heres institutus sub conditione; si ante existentem conditionem repudiavit, nihil egit qualis qualis conditio fuit: etsi in arbitrium collata est.* Nec quicquam pro 16
doctissimo viro facit *l. gerit* 88. *D. eod Pro herede gerit, qui animo agnoscit successionem, etiamsi nihil attingat hereditarium: unde etsi domum pignori datam, sicut hereditariam retinuit, cujus possessio qualisqualis fuit in hereditate, pro herede agere videtur.* Etenim licet verissimum sit, quod hereditas non possidet *l.* 1. §. *Scaevola* 14. *ff. si is, qui testam. liber.* tamen observandum est, quod ibi Paulus nec affirmat hereditatem qualemqualem habere possessionem, nec esse in possessione: neutrum enim de hereditate dici potest, nam possessio facti est, et animi *d.* §. *Scaevola*, animi, et corporis *l. quemadmodum* 8. *ff. de acquir. posses.* hereditas autem neque corpus habet, neque animum: est enim nomen juris, et in jure consistit *l. bonorum* 208. *D. de V. S. l.* 3. §. *hereditatis D. de bonor. posses. l.* 1. §. *quaedam D. de rer. divis.* Plus est possidere, quam in possessione esse *l. si quis ante* 10. §. 1. *D. de acquir. vel amitt. posses.* Hereditas neque possidet res hereditarias: neque in earum possessione est. Sed neutrum Paulus innuit in laudata *l. gerit* 88. *D. de acquir. hered.* Sed ait: *cujus possessio qualis qualis fuit* in hereditate. Non hereditas fuit in possessione, nec habet

possessionem : sed possessio fuit in hereditate, et quidem non vera, non propria possessio : sed qualis qualis possessio.

17 Id autem ego sic interpretor. Defunctus, cui res erat pignorata, ejus possessionem habebat *l. per servum* 37. *D. de acquir. rer. dom.* hereditas ejus antequam adeatur personam defuncti sustinet *l. hereditas* 34. *D. de acquir. rer. domin.* et quasi domina tenet omnia bona defuncti, eaque complectitur *l. non minus* 31. §. 1. *ff. de hered. instit.* Itaque servus hereditarius ipsi tamquam dominae res omnes hereditarias comprehendenti, ac detinenti acquirit *l. in. eo* 33. §. *ult. ff. de acquir. rer. domin.* et acquirit etiam possessionem *l. quia servo* 16. *in fin. ff. de oblig. et action.* Quamobrem sicut alia omnia bona defuncti qualiacumque fuerint (exceptis illis, quae morte finiuntur et extinguuntur, ut servitutes personales) sunt in hereditate : ab hereditate tamquam omnium domina detinentur : ergo possessio defuncti in hereditate est : non quidem vera, et propria, qualis erat penes defunctum, quia cum facti sit, et veram detentionem requirat, id vere praestare non potest hereditas ; sed *qualisqualis* : hoc est, ejusmodi, ut possit jungi cum possessione futuri heredis, nec per defuncti mortem interrumpatur *l. cum miles* 30.
18 *in princ. D. ex quib. caus major.* Argumento est, quod quantocumque tempore jacuerit hereditas, non interrumpitur usucapio, et illud tempus computatur heredi ad complendam usucapionem *l. numquam* 31. §. *vacuum l. justo* 44. §. *nondum D. de usurp. et usucap.* imo, et a jacente hereditate completur usucapio, quae sine possessione compleri non potest *l. coeptam* 40. *D. eod* et. *d. l. cum miles* 30. *D. ex. quib. caus. major.* Confirmat id Africanus in *l. si de eo fundo* 40. §. 1. *D. de acquir. vel om. posses.* Si forte colonus, per quem dominus possideret, decessisset : propter utilitatem receptum est, ut per colonum possessio et retineretur, et continuaretur. Si dominus retinet, et continuat possessionem per colonum jam mortuum, hoc est, per ejus hereditatem : ergo possessio defuncti est in hereditate : videlicet quia perinde habetur, ac si hereditas detineret rem illam, quam colonus defunctus detinebat, per quam detentionem dominus detinebat, ac possidebat : nunc autem possidet per detentionem hereditatis, quandiu possessionem non neglexerit adipisci *d. l. si de eo fundo* §. 1.

Neque me movet, quod is, qui pre- 19
cario est in possessione, dicitur qualiter qualiter possidere in *l. is qui in puteum* 11. §. *ergo si post D. quod vi aut clam.* qui tamen non possidet *l. certe* 6. §. *is qui D. de precar.* Etenim falsissimum est, quod qui precario rem habet, eam aliquo modo non possideat *l.* 4. §. 1. *D. de precar.* Ibi : *meminisse autem nos oportet eum, qui precario habet, etiam possidere :* et in §. *ult.* ejusdem *l.* et in *l. habet* 15. §. *eum qui*, et in *l.* 2. *in fin. D. eod.* in *l. qui pignori D. de acquir. posses.* Nec obstat id, quod dicitur in *d. l. certe* 6. *ff. de prec.* Nam ibi agit de vera, ac propria possessione, cum id probet exemplo fructuarii, qui licet in praedio sit, tamen non possidet, et tamen certum est fructuarium aliquo modo possidere, licet possessio ei non prosit ad usucapionem *l. per servum* 37. *ff. de acquir. rer. domin.* Ad summam sic concludi licet : Verba illa *qualis qualis*, aliquando quodcumque genus comprehendunt ejus rei, cui adjecta fuerunt, ut in *l.* 2. *ff. de bonor. posses. secun. tab.* in *l.* 5. *in fi. ff. de constit. pec.* in *l. is qui heres* 13. *in princ. ff. de acq. vel om. hered.* aliquando significant ac demonstrant rem improprie talem, ut in *d. l. gerit ff. eod.* et in *l. is qui in puteum ff. quod vi aut clam.*

Sed jam eo, unde digressi fumus, 20
revertamur. Alia exceptio regulae, quam initio probavimus, habetur in *l. si ab eo* 7. *C. de liber. caus. Si ab eo, cujus servus fuisti, manumissus es, fru-*

stra libertatis controversiam sustines, maxime ab herede ejus, qui te manumisit: cum etsi jure libertas non processerit, respectu tamen aditae hereditatis voluntatem defuncti suo consensu firmare debuit. Idem fere ante traditum erat ab Ulpiano in *l. filium* 31. *ff. de liber. causa. Filium ob hoc, quod patri heres extitit, prohiberi a patre suum servum manumissum in servitutem petere.* Hujus exceptionis ratio in ipsis legibus declaratur, illis verbis: *respectu tamen aditae hereditatis voluntatem defuncti suo consensu firmare debuit*, imo firmavit eo ipso quo hereditatem adivit: adeundo enim se obligavit ad servandam voluntatem defuncti, et illam tacite approbavit *l.* 3. *C. de reb. alien. non alienan.* Rectius igitur Ulpianus dixit *ob hoc, quod patri heres extitit.* Hoc enim ipso, quod heres est, prohibetur voluntatem defuncti infringere, et revocare: concurrit enim tacita ejus voluntas cum expressa voluntate defuncti.

CAPUT XXIIII.

Ad. l. non potest videri 23. *ff. de judic.*

SUMMARIUM.

I. In judiciis spectatur tempus rei judicatae.
II. Ut reus condemnetur, sufficit rem peti posse tempore rei judicatae. Exemplum in actione mandati.
III. In actione depositi.
IV. In actione de peculio, et petitione hereditatis
V. In actionibus in rem.
VI. Non solum quoad ipsam rem, sed etiam quoad ea, quae rei accedunt, vel decedunt.
VII. Judicium non expletur momento temporis, sicut contractus, sed tractum temporis habet.
VIII. In judicium non venit quidquid accidit post illud acceptum: sed nova interpellatione opus est. Explicatur textus noster.
IX. Obligatio futura in judicium deduci non potest.
X. Exponitur l. in lege 40. ff. ad leg. Aquil.
XI. In judiciis generalibus veniunt etiam ea, quae post judicium acceptum acciderunt.
XII. In quolibet judicio veniunt ea, quae sunt connexa cum eo, quod petitum fuit, licet acciderint post acceptum judicium.
XIII. In contractibus, in quibus, jussus, vel mandatum requiritur, si non intervenerit, ratihabitione suppletur, et contractus convalescunt. exempla. et n. XIV. XV.
XVI Secus est in jussu adeundae hereditatis, et in auctoritate tutoris.
XVII. Taciturnitas cum scientia pro ratihabitione habetur.
XVIII. Ratihabitio aliquando non retrotrahitur ad tempus, quo actus gestus est. Exempla in nuptiis.
XIX. In dotis promissione.
XX. In donationibus.

Non temere, neque inconsulte dixi in 1
contractibus initium esse spectandum, atque adeo ad ipsos potissimum pertinere regulam traditam in *l. quod initio* 29. *ff. de R. J. quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere.* Certe, ea in judiciis non obtinet: in his enim potius rei judicatae tempus attendimus, quam coepti judicii, *l. quaesitum* 30. *in princ. ff. de pecul. l. Quod si in diem* 16. *ff. de petit. hered.* Ibi: *Rei planc judicatae tempus spectandum esse.*

Itaque si mandavero tibi, ut a Titio 2
decem exigeres, et ante ea exacta mandati tecum egerim: si ante rem judicatam exegeris, condemnandum te esse constat, *l. si mandavero* 17. *ff. mand.* Non potest agi vi mandati, ut decem solvas, quae nondum exegisti, quia de futura obligatione judicium institui non potest, et de eo, quod nondum debetur *l. non quemadmodum* 35. *ff. de judic.* Veruntamen, si actum fuerit, et inter moras judicii reus decem exegerit, condemnandus est, quasi per exactionem judicio convalescente.

Idem omnino traditum de judicio de- 3
positi in *l.* 1. §. *inde scribit* 21. *versic. idem Neratius ff. depositi. Idem Neratius ait, quamvis tecum depositi actum sit cum restituendi facultatem non habeas, horreis forte clausis: si ante condemnationem restituendi facultatem haberes, condemnandum te, nisi restituas, quia res apud te est: tunc enim quaerendum, an dolo malo feceris, cum rem non habes.* Recte monet, hic non esse quaerendum, an dolo malo feceris, quia in actione depositi non tantum venit dolus praeteritus, sed etiam

futurus. *ead. l.* 1. §. *non tantum* 20. *ff. deposit.* Sed cum rem habeat, non est quaerendum de dolo, sed condemnandus est ad restituendum, licet eam non haberet tempore litis contestatae, vel saltem non haberet ejus restituendae facultatem. Quocirca si hanc facultatem ante sententiam non fuisset consecutus, tunc de dolo quaerendum fuisset, an dolo eam facultatem amisisset.

4 Idem responsum est, de actione de peculio in *l. quaesitum* 30. *ff. de pecul.* et de petitione hereditatis in *l. quod si in diem* 16. *in princ. ff. de petit. hered.*

5 Id ipsum obtinet in actionibus in rem. Actionem in rem parit possessio adversarii *l.* 1. *C. ubi in rem act.* eaque datur ex praesenti possessione *l. actionum* 25. *in princ. D. de obl. et act.* quinimo non solum litis contestatae tempore debet reus possidere, sed etiam tempore rei judicatae, ut possit condemnari *l. sin autem* 27. §. 1. *de rei vindic.* tamen, si litis contestatae tempore non possedit, quo autem judicatur, possidet, omnimodo condemnandus est non solum ad restituendam rem ipsam, sed etiam fructus, ex quo coepit possidere *ead. l. sin autem* §. 1. *D. de rei vindic.* Magis igitur spectatur tempus rei judicatae, quam litis contestatae, nam si litis tempore contestatae possidebat, non possidet autem tempore rei judicatae, quia inter moras judicii sine dolo malo amisit possessionem, absolvendus est *d. l.* 2. sin autem non possidebat tempore litis contestatae: possidet autem tempore rei judicatae, condemnandus est. Idem responsum est etiam de actione ad exhibendum in *l. quaesitum* 30. *in princ. D. de pecul.*

6 Non solum autem, quoad rem ipsam, quae in judicium deducitur, rei judicatae tempus spectatur, sed etiam, quoad accessiones et fructus, et quoad incrementa, et decessiones rei petitae *l. si ex duobus* 32. §. *in hoc et l. si filius et servus* 57. *D. de pecul. l. fin. D. quando de pecul. act. l. sin autem* 27. §. 1. *D. de rei vindic. l.* 2. *D. de usur.* §. 2. *et* 3. *instit. tit. de offic. judic.* Actor enim habere debet id omne, quod habiturus fuisset, si statim ei res fuisset restituta *l. Julianus* 27. §. 1. *l. praeterea* 20. *l. fructus* 33. *l. et ex diverso* 35. §. 1. *l. qui restituere* 68. *l. si ejus fundi* 78. *cum seq. D. de rei vind.*

Ratio autem cur judicium, quod initio inutiliter fuerat institutum, ex post facto convalescat, ea est, quia judicium non expletur ac perficitur momento temporis, sicut contractus: sed habet tractum temporis, et non modicas, moras atque utinam non longissimas, ut hodie usuvenire solet. Quamobrem cum petitio actoris duret, et continuetur toto tempore judicii, usque ad rem judicatam, si tempore rei judicatae, quo terminatur judicium, actoris petitio justa fuerit, et injusta rei tergiversatio, et contradictio: non potest judex contra justitiam absolvere reum detractantem solvere quod debet, aut restituere rem alienam, quam possidet, *l. placuit* 8. *C. de judic. l. etsi quis* 14. §. *idem Labeo* 13. *D. de relig. et sumpt. funer.* 7

Neque his contrarium est, quod traditur in *l. non potest videri* 23. *D. de judic.* in qua explicanda plerique implicantur; et cum eam satagunt declarare, involvunt obscuritate. Inquit Paulus. *Non potest videri in judicium venisse id, quod post judicium acceptum accidisset, ideoque nova interpellatione opus est.* Quod post judicium acceptum accidisset, adeoque ab actore petitum non fuit in libello, non potest videri in judicium venisse; neque enim venit in judicium, nisi quod actor petit, et de quo actor instituit actionem, quae speciem futurae litis demonstrat *l. edita actio C. de edend.* Nec potest judex pronunciare de eo, quod petitum non fuit, quia sententia debet esse conformis libello *l. ut fundus* 18. *D. comm. divid. l. ult. C. de fideicom. libert.* Puta actor convenit venditorem actione ex empto: inter moras judicii ab eo stipulatus est 8

centum ex alia causa, vel aliud quid ei vendidit: non videntur haec in judicium venisse, cum post judicium acceptum acciderint, nec petita fuerint ab actore in libello: itaque nova interpellatione, nova petitione opus, novo judicio. Explicat hoc ipsum clarius, atque distinctius idem Paulus in *l. de his rebus* 46. *D. de arbitr. De his rebus, et actionibus, et controversiis judicare arbiter potest, quae ab initio fuissent inter eos, qui compromiserunt, non quae postea supervenerunt.* De hoc eodem casu loquitur Paulus in laudata *l. non potest videri* 23. *D. de judic.*

9 Non absimile est Modestini responsum in *l. non quemadmodum* 35. *D. de judic.* ubi ait: judicium, antequam aliquid debeatur, accipi non posse, neque de his rebus, quae postea in obligationem adventurae sunt. In hoc tamen discrepant Pauli, et Modestini responsa, quod Paulus agit de his rebus, quae post judicium acceptum supervenerunt, quae cum in judicium non venerint, nova interpellatione, novoque judicio opus est. Modestinus agit de eo, qui petit, quod sibi nondum debetur, et futuram obligationem in judicium deducit: quod fieri non potest. Inter utrumque autem casum hoc discriminis intercedit; quod primo casu id, quod postea accidit, in judicium venisse non potuit, cum libello comprehensum non fuerit, et ideo nova interpellatione opus est: secundo casu, cum futura obligatio in judicium deducta fuerit, licet id non legitime, et inutiliter factum fuerit, tamen si inter moras judicii nascatur obligatio, convalescit judicium, et reus condemnandus est, nec opus est alia interpellatione.

10 Neque cuiquam scrupulum injiciat ejusdem Pauli decisio in *l. in lege* 40. *D. ad leg. Aquil.* quasi existimaverit, etiam de futura obligatione recte judicium institui posse. Etenim ibi non agitur de actione, quae nascitur ex obligatione conditionali, de qua agi non potest ante eventum conditionis *l. cedere diem D. de V. S.* sed de actione ex lege Aquilia, quae nascitur ex damno dato, quod utique praesens est, et jam datum, cum deletum fuit chirographum. Hoc autem damnum in eo consistit, ut si testes mortui fuerint tempore existentis conditionis, creditor ob deletum chirographum probare non poterit creditum, illudque consequi: idcirco judex reum condemnare debet ad solvendum debitum veniente conditione: quae condemnatio nulla erit, si conditio defecerit. Idipsum fere, sed non adeo perspicue tradidit Paulus in *l. quidam* 32. *D. de furt.* ubi etiam de tabulis furto subreptis agit, quidve actione furti consequi possit creditor, accurate expendit. Sed haec ad rem nostram non pertinent. Illud monendum, quod si praesens sit obligatio, et recte judicium institutum, potest judex, si res ita ferat, reum condemnare ad cavendum etiam de futuro, ut in *l. harum* 7. et in *l. egi* 12. *D. si servit. vindic.*

11 Porro in judiciis generalibus venit etiam id, quod post judicium acceptum accedit, nec nova interpellatione opus est. Paulus in *l.* 4. *D. de petit. hered. Si hereditatem petam ab eo, qui unam rem possidebat, de qua sola controversia erat, etiam id, quod postea coepit possidere, restituet.* Ratio est, quia in petitione hereditatis actor non petit unam aliquam rem certam, rem singularem; sed intendit hereditatem suam esse *l. licet* 10. §. 1. *D. eod.* ac propterea petit omnes res hereditarias quae a reo possidentur: nam omnes res hereditatis appellatione continentur: idcirco veniunt in hoc judicium universae res hereditariae *l. item videndum* §. *penult. D. eod.* est enim de bonorum universitate, quam hereditas comprehendit *l.* 1. *D. de rei vindic. l.* 1. §. 1. *D. quorum bon.* Quamobrem in petitione continetur etiam id, quod postea reus conventus coepit possidere: et si id continet actoris petitio, id ipsum continere debet etiam judicis condemnatio *l. item veniunt* 18. §. *pen.*

D. de petit. hered. l. si quo tempore 41. *D. eod.* Idem traditum est de peculio, ejusque judicio in *l. quaesitum in princ. D. de pecul.* Licet enim actio de peculio, sit de universitate bonorum, sicut petitio hereditatis: tamen qui agit de peculio petit omne id, quod est in peculio; adeoque hac petitione complectitur omnes res peculiares. Persequitur enim, quantum est in peculio, cum haec actio detur, quatenus est in peculio §. *actiones* 10. *instit. tit. quod cum eo qui in al. pot.* Peculium autem continet omne id, quod servus domini permissu separatim a rationibus dominicis habet, deducto inde si quid domino debetur *l. depositi* 5. §. *ult. D. de pecul.*

12 Alia quoque occurrit exceptio: si id, quod post litem contestatam accidit, ita connexum sit cum eo, quod petitum fuit, ut ab eo separari non possit. Exemplum proponitur in *l. Antaeus* 14. *in fine cum l. seq. D. de aq. et aquae pluviae arc.* Si aquae pluviae arcendae actum sit, Paulus ait: *de eo opere, quod post litem contestatam factum est; novo judicio agendum est:* et hoc consentaneum est ei, quod scripserat in *l. non potest* 23. *D. de judic.* Subdit tamen in *l. seq. sed interdum opus, et quod post litem contestatam factum est, tolletur: si id, quod antecessit, tolli sine eo non potest.*

13 Hactenus de judiciis, in quibus non tam litis contestatae tempus spectatur, quam rei judicatae: adeoque non servatur regula: *quod initio non valet, tractu temporis non convalescit.* Modo ad contractus revertamur. In his quoque non observatur quoad jussum, et mandatum, quod in ipsis aliquando requiritur. Non quod etiam in jussu, mandatoque ea locum non habeat: nam *si jussu meo cum alieno servo tractatum fuerit eumque postea redemero, quod jussu non teneor, ne actio, quae ab initio inutilis fuerit, eventu confirmetur.* Sunt verba Pauli in l. 2. §. *si jussu ff. quod jussu,* qui hanc regulam ubique nobis obtrudit. Sed quod ratihabitio supplet defectum mandati, et cum retrotrahatur ad initium, perinde est, ac si ab initio mandatum intervenisset *l. ult. in princ. C. ad SC. Macedon. l. vero* 12. *ff. de solut. l. si fundus* 16. §. 1. *ff. de pignor. et hypoth.* Igitur si in aliquo actu necessarium erat mandatum, vel jussus, et initio non intervenerit, actus convalescit, si postea ratihabitio subsequatur. Itaque cum nemo possit rem meam sine meo mandato pignori opponere; tamen si opposuerit, et ego postea id sciens ratam habuero pignoris obligationem, pignus convalescit, quasi ab initio voluerim rem illam pignori opponi, idque pignoranti mandaverim *l. si fundus* 16. §. 1. *ff. de pignor.* Item, vero procuratori recte solvitur, non autem falso procuratori, hoc est, qui non habet mandatum a creditore, nec si ei solvatur, contingit liberatio *l. vero* 12. *ff. de solut.* sed, si creditor postea ratam habuerit solutionem, liberatio contingit, quia mandato comparatur *d. l. vero* §. *ult.*

Non aliter evenit in filiofam. mutuum 14 accipiente contra SC. Macedonianum, qui ex mutuo non obligatur *l.* 1. *et tot. tit. D. et C. de SC. Macedon.* Tamen si pater aut jusserit, aut mandaverit filio suo credi, non obstat Senatusconsultum *l. item si* 7. §. *hoc amplius penult. l si tantum* 12. *D. de SC. Macedon* Quod si initio neque jusserit, neque mandaverit, neque sciverit mutuum a filio accipi (nam et scientia sufficit *d. l. si tantum in princ.*) mutuum subsistit: convalescit autem patre postea ratum habente *l. ult. C. ad SC. Maced.* Contra vero, si pater jusserit filio credi, deinde ignorante creditore voluntatem mutaverit, locus senatuscons. non erit, quoniam initium contractus spectandum est *d. l. si tantum* 12. Idemque responsum est de mandato solvendi in *d. l. vero* 12. §. *sed etsi quis D. de solut.* Adeo verum est, in contractibus initium esse spectandum; catenus autem

deficiente initio mandati convalescit contractus subsequente postea ratihabitione, quatenus ratihabitio et mandato comparatur, et retro recurrit ad initium, adeoqne perinde est, ac si ab initio mandatum intervenisset *d. l. ult. C. ad SC. Maced. d. l. si fundus* 16. §. 2. *D. de pignor. et hypoth.*

15 Idem traditum est etiam de actione, quod jussu. Dominus, et pater ex contractu servi ac filii non obligantur, neque ex eorum persona possunt conveniri, sive filius in potestate fuerit, sive sui juris *l.* 1. *C. ne fil. pro patre* §. *actiones* 10. *inst. tit. de action.* nequidem ex causa decurionatus *l.* 3. *C. eod.* Sed, si domini, aut patris jussus in contrahendo intervenerit, adversus eos in solidum judicium datur: nam quodammodo cum eo contrahitur, qui jubet *l.* 1. *in princ. D. quod jussu.* Quod si dominus, aut pater initio non jusserint, sed postea ratum habuerint, quod servus, et filius gesserunt, eodem modo in solidum actione quod jussu possunt conveniri *d. l.* 1. §. *si ratum.* Et ne pluribus rem perspicuam declaremus: id in omnibus similibus usu venire solet.

16 Duo tamen excipiuntur: jussus de adeunda hereditate: et auctoritas tutoris. Filius, et servus non possunt adire hereditatem sibi delatam sine jussu patris, ac domini, ne eos invitos obligent aeri alieno. §. *item vobis instit. tit. per quas person. cuique acquir. l. acquiritur* 10. §. 1. *D. de acquir. rer. domin. l. qui in aliena* 6. *D. de acquir. hered.* Jussus autem praecedere debet aditionem. *l. si quis mihi bona* 35. §. *jussum D. eod.* Imo, si sub conditione fuerit interpositus, et ante impletam conditionem adiverit, nulla est aditio, veluti, si pater jusserit filio, ut adeat hereditatem, si diligenter ejus viribus exploratis idoneam esse compererit. Nam, si filius adeat non explorata hereditate, cum persuasum habeat, eam esse idoneam, aditio nulla est *l. eum qui duobus* 51. §. 2. *D. eod.* Potest tamen et per epistolam, et per internuntium fieri *d. l. si quis mihi bona* §. *jussum.* Auctoritas vero tutoris nec praecedere potest actum a pupillo gestum *d. l. si quis* 25. §. *jussum:* nec potest post actum ex intervallo interponi, imo nec per epistolam, nec per internuncium interponi, neo tacitus consensus sufficit: sed tutor prasens esse debet, et statim perfecto negotio verbis expressis auctoritatem interponere *d.* §. *jussum, et* §. *tutor instit. tit. de auctor. tutor. l. obligari* 9. §. *tutor. D. eod.* et sub conditione interponi non potest, ut de jussu diximus *l. etsi conditionalis* 8. *D. eod.*

Quantum autem ad ratihabitionem attinet, illud animadvertendum est, quod plerumque etiam tacitus consensus seu ipsa taciturnitas cum scientia conjuncta pro ratihabitione habetur, et confirmat actum, qui ab initio erat inutilis. Ut puta filius in potestate existens nuptias sine ejus consensu contraxit: nullum est de jure civili matrimonium *princ. tit. instit. de nupt. l. Paulus* 11. *D. de stat. hom. l. oratione* 16. §. 1. *l. nuptiae* 18. *l. filiusfam.* 35. *D. de ritu nupt.* si tamen pater cognitis nuptiis non contradixit, matrimonium confirmatur *l. si ut proponis* 5. *C. nupt.* Idem de filiofam. mutuum accipiente contra SC. nam si pater sciverit mutuum ab eo acceptum, et non protestetur, et non contradicat, mutuum confirmatur *l. si tantum* 12. *in princ. D. de SC. Maced.* Idem quoque traditum est de sponsalibus in *l. sponsalibus* 7. *D. de sponsal.* In his quoque consensus patris requiritur, sed consentire videtur, si evidenter non dissentiat. 17

Illud etiam notandum, quod licet ratihabitio retrotrahatur ad initium, aliquando tamen non retrotrahitur, et valet actus de tempore, quo ratus habetur. Hoc evenit in nuptiis, quas si pater ex postfacto ratas habuerit, convalescunt, non a tempore, quo contractae fuerunt, sed a tempore, quo eas pater confirmavit *l. quid ergo* 13. *in princ.* 18

D. de his, qui not. infam. l. si uxor 13. §. *si quis uxorem* 6. *ad leg. Jul. de adult.* Et ratio est, quia in nuptiis requiritur jussus patris, qui nuptias praecedere debet *princ. tit. instit. de nupt.* Si autem consensus patris retro curreret ad tempus nuptiarum, consensus non praecederet nuptias: quia nuptiae valerent ab eo tempore, quo fuerunt contractae, consensus autem multo post fuit interpositus. Itaque hic consensus potius habet naturam jussus, quam ratihabitionis.

19 Idem quoque avenit in dote in hisce nuptiis constituta. Consentiente patre post nuptias contractas, non solum nuptiae convalescunt, sed etiam dotis promissio *l. dotis promissio* 63. *in princ. ff. de jure dot.* Non tamen valet a die, quo promissa fuit, sed a die, quo per consensum patris nuptiae confirmantur, ut apparet ex laudata *l.* et evidentius probatur ex *l. manifestum C. de nupt.* ubi, si contractis nuptiis contra mandata Principum dos facta fuerit caduca: etsi consensu postea coeperit matrimonium, non tamen in praeteritum commisso vitio potuit mederi. Matrimonium incipit post consensum, itemque dos: non autem in praeteritum a die, quo fuit contractum matrimonium, aut dos promissa fuit: ideoque vitium, propter quod facta fuit caduca, non purgatur in praeteritum, nec in praesenti purgari potest, cum jam fisco sit acquisita, neo sit amplius dos, imo, nunquam dos fuerit, quia omnis promissio dotis babet tacitam conditionem, si nuptiae recte contrahantur, *l. Titio centum* 71. §. *Titio centum* 3. *ff. de condit. et dem. l. dotis prmissio* 61. *ff. de jure dot.* Eadem ratione et filii concepti ante consensum patris legitimi non sunt *l. Paulus respondit* 11. *ff. de stat. hom.*

20 Superest, ut de donationibus aliquid adnectamus. In his quoque interdum confirmatio non retrotrahitur. Donatio inter virum, et uxorem non valet *l.* 1. 2. *et* 3. *et toto tit. ff. de donat. inter vir. et uxor.* tamen oratione Imperatoris Antonini ex SC. constitutum fuit, eam morte confirmari, quia donator, qui moritur non revocata donatione, videtur suprema voluntate eam confirmare, unde ex ea, tamquam ex legato Falcidia detrahitur *l. cum hic status* 32. *D. eod. l. in donationibus* 12. *C. ad leg. Falc.* Donatio quoque inter patrem, et filium non valet, quia pater donando filio sibi donare videtur *l. cum de bonis* 12. *et l. sive emancipatis* 17. *C. de donat.* Et haec morte patris non confirmabatur *l.* 2. *in fin. D. pro herede l.* 1. §. 1. *D. pro donato.* Justinianus autem in *l. donationes quae* 25. *C. de donat. inter vir et uxor.* statuit, ut haec quoque donatio morte confirmetur: et utraque per ratihabitionem recurrentem retro ad tempus donationis valeat, perinde, ac si ab initio constitisset. Excipiuntur tamen donationes, quae legitimam quantitatem excedentes non fuerunt insinuatae. Hae enim neque solo silentio, ac morte donatoris confirmantur: et necesse est, ut eas donator in suprema voluntate specialiter confirmet: et haec specialis confirmatio non retrotrahitur, sed vires accipit tempore mortis *d. l. donationes* 25. Et ratio est, quia haec specialis confirmatio habet vim legati seu fideicommissi, non simplicis ratihabitionis, et jure legati seu fideicommissi capitur non jure donationis *l. si quando* 109. *ff. de leg.* 1.

CAPUT XXIV.

Ad L. existimo* 98. *D. de verb. obligat.

SUMMARIUM.

I. Regula proposita a veteribus non fuit communiter approbata.
II. Ea obtinet cum res, quae ab initio ea erat, ut praestari posset, talis facta est, ut amplius praestari non possit.
III. Stipulatio inutilis fit, si res perierit vel in commercio esse desierit.
IV. Sed si rei pars superest, in ea consistit stipulatio.
V. Stipulatio rei alienae extinguitur, si mea fiat.

VI. Legatum ususfructus exstinguitur, si proprietatem acquirat legatarius. Exponitur L. si tibi 14. ff. de usufr. leg. et n. VII. VIII.

IX. Servitus fundi pro parte constitui non potest, nisi fundus ipse dividatur. Quod si dominus, cui ab initio servitus in solidum debebatur, fundi partem alienet, corrumpit stipulationem.

X. Explicatur L. pluribus 140. §. ult. ff. de verb. oblig. et n. XI. XII.

XI. Hereditas est jus incorporale, nec dividi potest, nisi ratione rerum hereditariarum.

XII. Si res hereditariae non sint dividuae ut servitutes, singuli heredes habent actionem in solidum.

XIII. Regula locum habet in causa damni dati.

XIV. Institutio corruit, si institutus incapax fiat idem est in legato, et n. XV.

XVI. Tutela legitima amittitur ob capitis diminutionem post eam susceptam supervenientem.

1 Succedit tertia regula superiori contraria, quae cum communi omnium veterum consensu non fuerit approbata, difficiles habet explicatus. Ea autem est hujusmodi. Ea, quae initio recte constituta fuerunt, resolvuntur, si inciderint in eum casum, a quo incipere non potuissent. Hanc regulam aegre receptam fuisse a veteribus testatur Theophilus in titulo institutionum de legatis, et indicat Marcellus in *l. existimo* 98. *in fin. principii D. de V. O.* illis verbis: *maxime secundum illorum opinionem, qui etiam ea quae recte constiterunt, resolvi putant, cum in eum casum reciderunt, a quo non potuissent incipere.* Et Paulus in *l. in ambiguis* 85. §. 1. *ff. de R. J. Non est novum ut quae semel utiliter constituta sunt, durent, licet casus extiterit, a quo initium capere non potuerunt.* Ex his constat, quod nec ab omnibus, nec in omnibus casibus haec regula recepta fuit. Obtinet etiam non raro huic contraria regula. Quod jure gestum est, non debet retractari, licet evenerit casus a quo non potuisset inchoari *c. factum* 73. *de reg. jur. in* 6. *l.* 3. *C. de confirm. tutor. l. sancimus* 15. *vers. non debet C. de admin. tutor.* Quando haec vel illa regula sit amplectenda, variis exemplis explicabimus.

2 Quae initio recte constiterunt, resolvuntur, si in eum casum recidunt, a quo incipere non potuissent. Haec regula primum obtinet, quoties res, quae initio erat ejusmodi, ut praestari posset, et de ea contrahi; postea in eum casum recidit, ut amplius praestari non possit. etenim hoc casu necesse est, evanescere stipulationem, in quam deducta fuit, et alium quemcumque contractum, aut legatum: quia impossibilium nulla est obligatio *l. impossibilium* 185. *ff. de R. J.* et cum stipulor fieri, quod fieri non potest; vel dari, quod dari non potest, non consistit obligatio *l. cum stipulor* 35. *in princ. ff. de V. O.* Exempla nobis suppeditat legislator noster in §. 2. *versic. item contra instit. tit. de inut. stipul.* si res, quae in obligationem deducta est, vel in rerum natura esse desierit sine culpa promissoris: vel commercio hominum exempta fuerit, veluti, si servus liber factus sit, vel res promissa facta fuerit sacra, vel religiosa, vel publicis usibus destinata *l. inter* 83. §. *sacram versic. nam et cum quis ff. de V. O.* Atque adeo inutilis fit stipulatio, ut non reviviscat, etiamsi postea ejusmodi fiant, ut praestari possint *d. l. inter* §. *sacram ff. de V. O. l. qui res* 98. § *ult. ff. de sol.*

Quod autem diximus exstingui obligationem, si res sine culpa debitoris in rerum natura esse desierit, ita temperandum est, si omnino perempta fuerit: nam si pars ejus aliqua supersit; in parte, quae superest, consistit obligatio, ut puta grex legatus est: ad unam ovem postea redactus est: ovis illa debetur, et in ea consistit legatum: item insula legata combusta est: in area legatum consistit *l. si grege legato* 22. *ff. de legat.* 1. Est enim area aedium seu insulae pars. et quidem maxima *l. qui res suas* 98. §. *aream ff. de solut.* Quod si supersint tantummodo reliquiae, seu, ut ait JC. lipsana, λείψανα in totum legatum et obligatio exstinguitur. Itaque mortuo bove, neque corium, neque caro, neque cornua debentur *l. mortuo bove* 49. *in princ. ff. de leg.* 2. Et quamvis bove surrepto, et occiso, condici possit corium, et caro, tamen id accidit quoties corium, et caro a fure fuerunt contre-

etata, quia tunc fit furtum etiam oorii, et carnis per contrectationem *l. si servus* 14. §. *ult. ff. de condict. furt.* Et quod magis mirum est, exstinguitur legatum quadrigae, si mortuus fuerit equus excellentior, per quem qoadriga erat celebrata *l. peculium* 68. §. *quadrigae ff. de leg.* 1. sed hoc intelligendum, si vivo testatore moriatur, quia desinit esse quadriga, et ideo, si testator alienum equum substituat, legatum subsistit *d. l. peculium.* Eademque ratione idem responsum est in societate in *l. si id, quod* 58. *in princ. ff. pro soc.* In legato autem ususfructus quadrigae idem sine ulla distinctione equi, qui mortuus fuit responsum est in *l. quid tamen* 10. *in fin. ff. quib. mod. usufr. amit.* quis ususfructus etiam rei mutatione finitur *l. repeti* 5. §. *rei mutatione ff. eod.* §. *penult. inst. tit. de usufr.*

5 Res etiam mea mihi dari non potest, quia quod meum est, amplius meum fieri non potest §. *sic itaque discretis* 14. *inst. tit. de action.* §. *sed si rem* 10. *instit. tit. de legat. l.* 3. §. *ex contrario ff. de adquir. vel am. poss. l. non ut ex pluribus* 159. *ff de R. J.* Itaque rem meam mihi dari pure stipulor inutiliter *l. nemo rem* 82. *ff. de V. O.* Eadem ratione, si rem alienam stipuler, quamvis initio valeat stipulatio, tamen si mea fiat, extinguitur stipulatio, quia recidit in eum casum, a quo incipere non potuisset §. 2. *versic. item contra inst. tit. de inutil. stipul.* Quemadmodum autem rem meam ab initio stipulari possum sub conditione, quia in pendenti est obligatio, et potest esse aliena, cum existet conditio, et nascetur obligatio *l. si rem* 31. *l. existimo* 98. *in princ. ff. de V. O.* Ita si rem alienam stipuler sub conditione, eaque pendente conditione mea fit, non corruit stipulatio, quia non recidit in eum casum, a quo incipere non potuisset: quoniam, ut dixi, rem meam sub conditione recte stipulor: et sicut ideo recte stipulor, quia fieri potest aliena, antequam existat conditio, et nascatur obligatio: ita non corruit stipulatio, si pendente conditione mea fiat, quia potest iterum fieri aliena adhuc pendente conditione, *l. existimo* 98. *ff. de V. O. l. quoties* 34. *in fine princ. ff. de usufr.*

6 Huc pertinet etiam, quod traditur in *l. si tibi* 17. *ff. quib. mod. usufr. amit.* ubi legatum usufructus extinguitur, si proprietatem acquisiveris. Cum enim res sua nemini serviat *l. uti frui* 5. *in princ. ff. si usufr. petat. l. in re communi* 26. *ff. de servit urban. praed.* non potest constitui ususfructus, aut acquiri ei, qui fundi dominus est *l. Sempronius Attalus in princ.* 26. *ff. de usufr. leg. l. qui usumfructum* 36. §. 1. *ff. de usufr.* Quemadmodum igitur non potest constitui ususfructus in re propria; ita si initio recte fuerit ususfructus constitutus, et postea proprietatem acquiras, existinguitur ususfructus *d. l. si tibi fundi* 17 *ff. quib. mod. usufr. amit.* Continet haec lex singulare quiddam, quocirca non erit inutilis ejus explicatio. Testator fundi usumfructum tibi pure legavit, et Titio ejusdem fundi proprietatem sub conditione. Pendente adhuc conditione tu ejus fundi proprietatem es consecutus: adeoque exstinctus est ususfructus tibi legatus §. *pen. inst. tit. de usufr.* frueris enim fundo non amplius jure servitutis, sed jure dominii, quod servitutem asorbuit. Deinceps existit conditio, sub qua proprietas Titio legata fuerat. Quaeritur, quid Titius sit habiturus ex legato: et respondet Julianus eum consecuturum plenam proprietatem, hoc est, totum fundum, seu proprietatem cum usufructu. Atqui legata ei fuerat sola proprietas detracto usufructu, qui tibi legatus erat: sed cum tu proprietatem acquirendo omne jus legati ususfructus amiseris, non potes illum retinere, et cum sit junctus proprietati, necesse est, ut transeat ad Titium, ad quem transit ipsa proprietas. Itaque tu non habes usumfructum, qui tibi legatus erat, et Titius consequitur amplius, quam ei

legatum fuerat, hoc est, plenam proprietatem, cum ei legata esset proprietas nuda detracto usufructu. Haec sunt omnino singularia.

7 Quid autem dicendum, si tu proprietatem, quam acquisivisti, amittas adhuc pendente conditione: an reviviscet ususfructus, adeo ut eveniente conditione possis illum retinere? Et quidem Julianus ait, te omne jus legati ususfructus amisisse; unde conjicere possumus, eum non reviviscere: jus enim semel exstinctum non reviviscit, et, in perpetuum sublata obligatio, restitui non potest *l. qui res suas* 98. §. *aream vers. et. in perpetuum ff. de solut. l. sed si meis* 26. §. *arbor. ff. de acquir. rer. dom. l. sancimus* 25. *versic. non enim debet C. de admin. tutor.* et ususfructus certis modis constituitur, nempe in ultima voluntate legatis, et fideicommissis: inter vivos, pactis et conventionibus *princ. tit. inst. de usufr.* Ergo si omne jus ususfructus existinctum est, non potest restitui per solam proprietatis alienationem, nisi aut testamento, aut contractu iterum constituatur. Verumtamen si mihi legatus esset ususfructus sub conditione, eaque pendente, proprietatem acquisivero, et ante existentem conditionem alienavero: existente postea conditione usumfructum acquiram *l. quoties* 34 *in princ. versic. quia etsi sub conditione ff. de usufr.* Ratio est, quia nunquam ususfructus proprietati junctus est, et cum ea consolidatus: adeoque nunquam fuit exstinctus.
8 Idem hac eadem ratione fuit in eadem *l.* constitutum, quoties duobus alternis annis ususfructus legatus est. Nam, si unus ex legatariis proprietatem adipiscatur, amittit quidem usumfructum eorum annorum, quibus retinet proprietatem, amissa autem proprietate rursus ad eum revertitur ususfructus, et alternis annis fundo fruetur, sicut ante acquisitam proprietatem fruebatur. Quid ita? Non quia alienata proprietate reviviscat ususfructus. Sed quia cum legatur ususfructus alternis annis non est unicum legatum ususfructus, sed tot sunt legata, quot sunt anni *l. cum ususfructus* 13. *ff. de usufr. leg. l.* 2. *in princ. et* §. 1. *ff. quib. mod. ususfr. amit.* Imo etsi legatus sit ususfructus ad certum tempus: et quod magis est, etiamsi legatus fuerit, quoad vivet *l.* 3. *in princ. ff. eod.* licet exprimatur tempus, quod tacite inest, quia omnis ususfructus morte finitur. §. *finitur inst. de usufr.* tamen aliquando non est eadem vis expressi et taciti *l. servo* 47. *in fin. et l. nonnunquam* 52. *D. de condit. et dem.* Ex his efficitur, ut si ille, qui habet usumfructum in singulos annos capite minuatur, amittat solummodo usumfructum ejus anni *d. l.* 2. §. *si non mors D. quibus mod. ususfr. amit.* quia reliqui anni habent repetitionem ususfructus.

Ad alia progrediamur. Aliae quoque servitutes in ea causa sunt, ut quandoque in ipsis obtineat superior regula. Servitus pro parte constitui non potest, quia est individua, et nullae sunt ejus partes *l. viae* 17. *ff. de servit.* nec pro parte domino fundi acquiri potest *l. pro parte* 11. *D. eod.* Pro parte, inquam. Nam pars divisa, pars non est, sed totum quiddam, sive re ipsa divisa fuerit, sive intellectu, et destinatione domini *l. recte dicimus* 25. §. 1. *D. de V. S.* potest tamen appellari pars, cum refertur ad totum: recte etiam totum appellatur, cum refertur ad se ipsam, et, prout est, in se consideratur, et ita Servius cum Mucio conciliandus, in *d. l. recte in fin.* utriusque enim sententia vera est. Non potest igitur legari usus fundi pro parte, quia pro parte uti non possumus, licet pro parte frui possimus, quia fructus dividui sunt. *l. usus* 19. *D. de usu et habit.* Si utor fundo, vel alia re, utique utor in solidum, usus enim dividi non potest. Verumtamen legari potest servitus usus pro parte fundi divisa, quia pars illa, quantacumque sit, fundus est. Nam quaelibet fundi portio fundus dici potest *l. locus* 60. *D.. de V. S.* Possum igitur uti portione illa in soli-

dum, et non dividitur servitus pro parte, quia tota servitus in illa portione consistit, hoc est, in illo fundo, qui a reliqua parte divisus est: non enim magnitudo, sed affectio domini fundum facit: et sicut ex duobus fundis unum efficere potest eos conjungendo: ita ex uno potest duos efficere ipsum dividendo *d. l. locus D. de V. S.* Non potest igitur pro parte servitus acquiri. Quocirca etsi ab initio servitus in solidum domino debeatur, ex ejus stipulatione: postea autem dominus fundi partem alienet, corrumpit stipulationem, in eum casum deducendo, a quo stipulatio incipere non possit *l. pro parte* 11. *ff. de servit.*

10 Contrarium omnino videtur, quod Paulus scripsit in *l. pluribus* 140. §. *ult. ff. de V. O. Et si placeat extingui obligationem, si in eum casum inciderit, a quo incipere non potest: non tamen hoc in omnibus verum est. Ecce stipulari viam, iter, actum ad fundum communem socius non potest: tamen si is, qui stipulatus fuerit, duos heredes relinquat, non extinguitur stipulatio; et per partem dominorum servitus acquiri non potest: acquisita tamen conservatur, et per partem dominii: hoc evenit, si pars praedii servientis, vel cui servitur, alterius domini esse coeperit.*

11 Sed non sunt haec contraria: nec esse possunt. Etenim idem Paulus in *l. si sub una* 136. §. 1. *D. de V. O.* aliter statuit. *Si quis viam ad fundum dari stipulatus fuerit, postea dictum suum fundum partemve ejus ante constitutam servitutem alienaverit, evanescit stipulatio.* Superior igitur lex neque contraria est regulae supra expositae, neque legibus de particulari successore tractantibus. Etenim longe diversa ratio est heredis, et particularis successoris. Heres personam defuncti repraesentat, ejusque vices sustinet, adeo ut eadem persona videatur. *Authent. de jurejur. a mor. praest.* 48. *in praefat. l. heredem* 59. *D. de R. J. princ. tit. de stipul. serv.* Quamobrem sicut defunctus habebat servitutem in solidum, ita et singuli ejus heredes. Hereditas enim jus est incorporale §. 2. *inst. tit. de reb. corp. et incorp.* et ideo individua est sicut ususfructus *d.* §. 2. et pro diviso possideri non potest *l. Pomponius in fin. D. de rei vindic.* licet enim hereditas plerumque dividi dicatur, ut in *l. interdum* 13. §. 1. *et l. servum* 50. §. *ult. ff. de hered. instit.* §. *hereditas* 5. *inst. tit. eod.* tamen non dividitur ipsum jus, quod est universale *l. hereditas* 50. *in princ. D. de petit. hered. l. nihil est aliud.* 24. *D. de V. S.* et dividi non potest, cum sit hereditas, etiamsi nihil corporale sit in hereditate *d. l. hereditas* 50. *et l.* 3. §. 1. *ff. de bonor. poss.* sed dividitur ratione rerum, quae sunt in hereditate, et dividuntur ipsae res hereditariae, quemadmodum evenit in usufructu, qui est servitus individua per se, sed dividuus est ratione fructuum, qui corporales sunt §. 2. *inst. tit. de reb. corpor. l.* 1. §. *ult. D. de divis. rer.* Actiones quoque hereditariae, et ipsae dividuntur inter coheredes pro portionibus hereditariis ex lege duodecim tabularum, *l. heredes ejus* 25. §. *idem juris D. fam. erc.* non quod actio ipsa per se dividatur; dividi enim non potest, cum et ipsa sit jus *princ. tit. instit. de action. l. nihil aliud* 51. *ff. de oblig. et act.* Sed et ipsa dividitur ratione rerum, quas persequitur, sicut dividitur obligatio, et hereditas *d.* §. 2. *instit. tit. de reb. corp.* possum enim petere rem totam, vel partem ejus pro jure; quod in ea mihi competit, *l.* 1. §. 1. *D. si pars hered. petat. l.* 3. §. *ult. l.* 5. *in princ. et passim alibi ff. de rei vindic.* Verumtamen 12
tam res hereditariae, quam actiones dividuntur, siquidem res ipsae dividuae sint: caeterum si individuae sunt, ut servitutes, singuli heredes habent actionem in solidum. *l. heredes ejus* 25. §. *an stipulatio* 9. *D. famil. ercisc.* talis enim stipulatio per legem duodecim tabularum non dividitur, quae nec dividi potest, ut ait in laudata lege Paulus. Quod si

servitus non praestetur pro parte hereditaria, condemnationem fieri oportet *d. §. an ea stipulatio*. Idem est si promissor viae plures heredes reliquerit, singuli enim in solidum tenebuntur, et poterunt in solidum conveniri. Verumtamen si unus ex his solidam aestimationem praestiterit a coheredibus partem pro eorum portione hereditaria recuperare: aestimatio enim pro parte praestari potest *d. l. heredes* 25. *§. contra si promissor*. Idemque obtinet in legato, et stipulatione, si plures fuerint heredes instituti *l. si qui* 80. *§. quaedam ff. ad leg. Falcid. l.* 2. *in fin. ff. de servit. leg.* Atque hac servantur in omni stipulatione individua *l. stipulationes non dividuntur* 72. *in princ. ff. de V. O.* Ex his efficitur, hunc casum de pluribus heredibus, neque destruere regulam a nobis initio expositam, quia stipulatio non incidit in eum casum, a quo incipere non potuisset, cum singuli heredes in solidum teneantur, et in solidum, non pro parte servitutem petere possint: neque opponi decisioni *l. pro parte* 11. *ff. de servit.* quae agit de successore particulari, in quem, cum pars fundi tantum sit alienata, non potest transferri solida servitus, neo quidem pro parte, cum sit individua.

13 Interdum etiam in causa damni dati servatur superior regula. Exemplum habemus in *l. huic scripturae* 15. *in fin. cum l. sequent. ff. ad l. Aquil.* Ibi: *sed si vulneratum mortifere servum, liberum, et heredem esse jusseris: deinde decesserit, heredem ejus agere Aquilia non posse, quia in eum casum res pervenit, a quo incipere non potest;* utique pervenit in eum casum, a quo incipere non potest: nam legis Aquiliae actio domino datur *l. Mela* 11. *§. legis* 6. *ff. ad leg. Aquil.* hic autem herea non potuit esse dominus liberi hominis, cujus heres fuit. Sed quod magis est, legis Aquiliae actione petitur tum aestimatio corporis occisi, tum quicquid perempto eo corpore nobis damni datum est *§. illud* 10. *instit. tit. de leg. Aquil. l. ait lex* 21. *in fin. cum duab. seqq. ff. eod.* Atqui neque liberi hominis ulla est aestimatio, cum nemo sit membrorum ejus dominus *l. liber homo* 13. *ff. eod.* neque heres ex vulnere aut nece defuncti damnum ullum passus est: quin imo hereditatis emolumentum est consecutus. Lex autem Aquilia lata est ad reparandum damnum injuria datum *princ. tit. inst. de leg. Aquil. l.* 5. *§.* 1. *et toto tit. ff. ad leg. Aquil.* Itaque obligatio, quam acquisivit servi dominus ob vulnus mortiferum servo inflictum, pervenit ad eum casum a quo incipere non posset.

Hactenus expositum est, quando extinguatur obligatio propter vitium rei, quae eo deducta est, ut amplius praestari non possit. Idem evenire solet in personis, si fiant incapaces ejus, cujus ab initio capaces erant. Ut puta: servus fuit herea institutus; utique valet institutio. Nam et servi recte instituuntur *princ. tit. inst. de hered. instit.* postea poenae servus effectus est, atque incapax hereditatis; corruit institutio *l. si quis mihi bona* 25. *§. si quis plane* 3. *ff. de acquir. vel omit. hered.* Rursus servus est institutus: dominus jussit eum adire hereditatem, utique recte adit *§. servus instit. tit. de hered. inst.* Sed si dominus, antequam adiret, poenitentiam egit, nihil agit adeundo *d. l.* 25. *§. penult D. de acquir. hered.* non est enim amplius capax adeundi, cum non possit invitum dominum hereditati obligare *l. qui in aliena* 6. *in princ. ff de acquir. hered.* Idem est, si antequam adeat, a domino fuerit alienatus *l. Antistius* 62. *in fine ff. eod. d. §. servus* 1. *in fin. inst. de hered. instit.* ubi aliud exemplum in *vers. quod si alienatus.* 14

Alia duo exempla proponuntur in *l.* 3. *§.* 1. *et* 2. *ff. de his, quae pro non script. hab.* si heres vel legatarius post testamentum, in quo hereditas, vel legatum eis relictum fuit, in metallum dentur, extinguitur legatum, et institu- 15

tio *d.* §. 1. quia etsi ab initio ejusmodi fuissent, non valeret *d. l.* 3. *in princ.* Alterum si servo alieno quis legaverit, et postea eum redemerit, legatum extinguitur *d. l.* 3. §. 2. quia servo proprio sine libertate inutiliter legatur. *l. penult.* §. *illo videlicet C. de necess. serv. hered. inst.* Recte igitur in nostra *l.* 3. §. 2. *in fin. Nam quae in eam causam pervenerunt, a qua incipere non poterant, pro non scriptis habentur.*

16 Demum singulare prorsus videtur exemplum a Paulo allatum in *l. tutelas* 7. *ff. de cap. minut.* Tutelas etiam non amittit capitis minutio, exceptis his, quae jure agnationis proximis potissimum deferuntur. Igitur testamento dati, vel ex lege, vel ex SC. erunt nihilominus tutores: sed legitimae tutelae ex duodecim tabulis intervertuntur, eadem ratione, qua hereditas exinde legitima: quia agnatis defertur, qui desinunt esse familia mutata. Quae sunt tutelae legitimae, quae ex legibus duodecim tabularum deferuntur? nempe, quae deferuntur proximis agnatis *princ. tit. et* §. *qui autem inst. tit. de legit. agnat. tutel. l.* 1. *in princ. D. de legit. tut.* Ergo ita legendum videtur cum Cujacio: nisi malis cum Balduino legere: *quae in jure antiquo* etc. jure antiquo, id est, duodecim tabulis, quae lex antiqua vocantur in *l.* 2. § 1. *D. de noxal. act.* Caeterum has tutelas amitti etiam Ulpianus ait in *fragmentis tit.* 11. *de tutel.* §. *excepta. Amitti, et interverti* tutelas, comprehendere videntur etiam tutelas jam susceptas. *l. non videtur* 83. *ff. de R. J. l. nec utilem* 20. *in fin. D. ex quib. caus. major.*

CAPUT XXV.

Ad eamd. L.

SUMMARIUM.

I. Superioris regulae exceptiones regulam nostram formarunt.
II. Actus ante furorem aut furore intermittente gesti eo superveniente non infirmantur.
III. Consensus et integritas mentis in agente requiritur in ipso actu. Idem est, si opus sit consensu alterius.
IV. Donatio concubinae facta valet, etiamsi ea postea ducatur in uxorem.
V. Servitute recte constituta si duo heredes instituantur, servitutis obligatio non extinguitur.
VI. Quod recte absolutum est, non corrumpitur superveniente mala fide aut delicto. Exponitur L. 1. §. ult. ff. de itin. act. priv. et n. VII.
VIII. Legatum ejus, quod in diem vel sub conditione debetur, an valeat, si dies et conditio vivente testatore extiterit, controversum apud veteres.
IX. Affirmativa sententia a Justiniano approbata, et qua ratione et n. X.
XI. Conciliatur L. a filio 25. ff de leg. 1. cum l. si a servo 20. ff. ad leg. Falc. et n. XII. XIII.
XIV. Explicatur L. 3. C. de interd. matrim.

1 Quae initio recte instituta sunt, extinguuntur, si in eum casum inciderint, a quo incipere non poterant. Hec regula, quam supra exposuimus, plures habet exceptiones, nam et apud veteres fuit controversa, ut diximus, et Paulus in *l. in ambiguis* 85. § 1. *ff. de R. J.* ait: *non est novum, ut quae semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus extiterit, a quo initium capere non potuerunt.* Idem in *l. penult.* §. 2. *ff. de V. O. etsi placeat extingui obligationem, si in eum casum inciderit, a quo incipere non potest: non tamen hoc in omnibus verum est.* His exceptionibus, quae modo a nobis singulatim sunt expendendae, conflata est alia regula huic omnino contraria: quod jure gestum est, non retractatur, licet evenerit casus, a quo non poterat incboari: de qua in superiori. Unde vulgo jactatur: multa facta tenent, quae fieri prohibentur. Jam vero ad eas exceptiones exponendas aggrediamur.

2 Primum autem occurrunt omnes actus qui aut ante furorem, aut furore inter-

mittente geruntur. Hi enim supervenienti furore non infirmantur §. 1. *in fin. inst. tit. quib. non est permissum facere test.* Ibi: *nam neque testamentum recte factum neque ullum aliud negotium recte gestum postea furor interveniens perimit.* Itaque furore superveniente neque testamentum infirmatur *d.* §. 1. *et l. ult. D. de injust. rupt. L.* 1. §. *si quis autem* 9. *D. de bon. possess. secund. tab.* neque matrimonium recte contractum *l. patre furioso* 8. *versic. nam furiosus ff. de his, qui sunt sui vel al jur. l. oratione* 16. §. *ult. D. de rit. nupt.* neque exstinguit obligationem recte contractam *l. si a reo* 70. §. *si a furioso D. de fidejus.* neque interrumpitur usucapio *l. justo* 44. §. *cum qui* 6. *D. de usurp. et usucap.* neque magistratus abrogatur *l. nec mandante* §. 1. *D. de tutor. et curat. dat.* interrumpitur tamen facultas gerendi ea, quae pertinent ad magistratum, cum mentis integritatem ad ea gerenda omnino necessariam non habeat.

3 Ratio autem ea est, quia consensus, et judicii maturitas, et mentis integritas, quae ad perficiendum actum requiritur, in ipso actu gerendo requiritur, non post actum jam perfectum, quo tempore est omnino inutilis. Quamobrem si furiosus grassante furore testamentum fecerit, licet postea convalescat, testamentum nihilominus non convalescit: idemque servatur in eo, qui testamentum fecit, cum esset impubes, vel filiusfam. Nam etsi ad pubertatem pervenerit, vel sui juris efficiatur, nihilominus testamentum non valebit *princ. tit. inst. in fin. et in* §. 1. *quib. non est permis. fac. testam. l. si filiusfam.* 19 *ff. qui testam. fac. poss. l.* 1. §. 1. *ff. de leg.* 3. Nam sicut voluntas, et consensus, ita jus, et facultas gerendi actum, in ipso actu gerendo requiritur: et ideo postea superveniens non purgat vitium, et nullitatem actus non supplet. Quocirca et si consensus alterius requiratur, hic in ipso actu gerendo debet intervenire, et si ante fuerit interpositus, durare debet, quousque actus perficiatur. Igitur si pater filio, aut dominus servo jubeat, ut adeant hereditatem, et, antequam adeant, in furorem incidant, nulla erit aditio, quia voluntas patris ac domini requiritur in ipso actu adeundae, et acquirendae hereditatis, furiosi autem nulla voluntas est, *l. qui servum* 47. *ff. de acquir. vel. omit. hered.* Jussus enim praecedere debet, et si postquam jussit, poeniteat eum antequam adeatur hereditas, nihil agunt adeundo *l. si quis mihi bona* 25. §. *jussum, et* §. *penult. ff. eod.* Idem est si post jussum pater se dederit arrogandum *d. l.* §. *ult.* quia cum requiratur voluntas patris in actu adeundi, necessaria est voluntas, et jussus arrogatoris, in cujus potestatem et pater, filius transierunt, §. *penult. instit. de adoption. l. si paterfam.* 15. *et l. arrogato* 40. *ff. de adoption. l. pen.* §. *testamento ff. de bon. poss. sec. tabul.* Idem quoque obtinet in filiofam mutuam pecuniam accipiente: nam si pater consensum praestet, et postea mutet voluntatem ante numerationem, mutuum erit inutile, nisi id creditor ignoret *l. si tantum* 12. *ff. de SC. Maced.* excusatur enim creditor ignorans, cum si credat eum esse patremfam. justo errore deceptus cesset Senatusconsultum *l.* 3. *in princ. et* §§. *seqq. ff. eod.* Et hanc rationem, quam modo adduximus, verissimam esse constat, quia nec contrarius consensus et actus rescindendi priorem actum, grassante furore aut mentis alienatione, factum ipsum rescindit *l. ult. ff. de injust. rupt.* tum maxime, quia quoties consensus agentis non requiritur, sed legis potesta. operatur, actus a furioso gestus parit suum effectum, ut in *l. patre furioso versic. quare D. de his, qui sunt sui vel. al. jur.*

Secundo occurrit exemplum donationis 4
in concubinam collatae. Donatio facta concubinae valet *l. si praedia* 58. *D. de donat. inter vir. et uxor.* imo et meretrici *l. affectionis* 5. *ff. de donat. l.*

idem si 4. §. *sed quod ff. de cond. ob. turp. caus.* Contra donatio inter virum, et uxorem non valet *l.* 1. *et* 2. *ff. de donat. inter vir. et uxor.* Finge quemdam concubinae suae donasse, valet. donatio: postea eam ducit uxorem, atque adeo donatio venit in eum casum, a quo incipere non potest: non tamen infirmatur aut revocari potest *l. donationes* 31. *in princ. ff. de don.* Recte. Nam quae causa subest, cur haec donatio debeat infirmari? certe nulla ex iis, quae irritam faciunt donationem inter conjuges. Eae sunt: ne honesto amore spolientur, si a donationibus temperaverint: ne concordia pretio conciliari videatur: ne dissidia oriantur, et matrimonia discutiantur, si non donet is, qui potest, ne profusa liberalitate alter pauper fiat, alter dives efficiatur: ut studium omne in liberis procreandis, et educandis impendant, non in locupletanda conjuge, *l.* 1. *et* 2. *et* 3. *in princ. ff. de donat. inter vir. et uxor.* Eae omnes causae deficiunt in donatione jamdiu ante matrimonium facta concubinae, quin imo si post matrimonium revocare posset donationem rite factam, dissidia inter conjuges orirentur, et mutuo amore se spoliarent

5 Tertium occurrit exemplum servitutis, de quo late diximus in superiore. Servitus cum individua sit, pro parte constitui, et acquiri non potest *l. pro parte* 11. *ff. de servit.* tamen si initio recte fuerit constituta, et duo heredes instituantur, servitutis obligatio non exstinguitur *l. pen.* §. 1. *ff. de V. O. l.* 2. *ff. de servit. leg.* Sed, ut supra diximus, haec proprie, ac vere non est exceptio regulae: cum enim singuli heredes in solidum servitutem acquirant *l. heredes ejus* 25. §. *an ea stipulatio ff. famil. ercisc.* nihil fit contra naturam servitutis: quia nec scinditur in partes, nec pro parte singulis heredibus acquiritur. Quemadmodum igitur ab initio posset duobus servitus dari, singulis in solidum, tam legato, quam stipulatione *l.* 2. *et ult. ff. de servit. leg. si unus ex sociis* 19. *ff. de servit. rustic. praed.* ita et potest via ad duos pervenire, si in solidum utique debeatur, aut in solidum uterque debeat; ut accidit in heredibus *d. l. heredes* 25. *et. l. viae* 17. *ff. de servit.* Quamobrem idem Paulus qui in *d. l. penult. ff. de V. O.* hanc quasi exceptionem regulae posuit in *l. si unus ex sociis ff. de servit. rust. praed.* exemplo heredum utitur ad probandum, quod etiam ab initio servitus duobus in solidum potest acquiri. Comparatur igitur, et similis est translatio servitutis in heredes, constitutioni servitutis pluribus acquirendae: tantum abest, ut pugnent inter se.

6 Quartum in *l.* 1. §. *ult. ff. de itin. act. priv. Si quis supra dicto tempore anni non vi, non clam, non precario itinere usus sit: verum postea non sit usus, sed clam precariove: videndum est, an ei noceat: et magis est, ut nihil ei noceat, quod attinet ad interdictum.* Subdit Paulus, qui nostrae regulae parum favebat, in *l.* 2. *nec enim corrumpi, aut mutari, quod recte transactum est, superveniente delicto potest.* Sed ratio est, quia cum de usucapione, ac praescriptione quaestio est, non ratio obtinendae possessionis, sed origo exquirenda est *l. clam possidere* 6. *in princ. ff. de acquir. vel amit. posses.* Itaque bona fides necessaria est solum ab initio *l. unic. versic. hoc tantummodo C. de usucap. transfor.* et mala fides superveniens non interrumpit usucapionem, *l. bonae fidei* 48. §. *in contrarium ff. de acquir. rer. dom. l. heres* 43. *ff. de usucap. l.* 2. §. *si defunctus* 19. *ff. pro emptore.* Et hoc est, quod ait Paulus in nostra lege: non corrumpi, aut mutari, quod recte transactum est, superveniente delicto. Videlicet praescriptio, quae recte fuit inchoata et absoluta, corrumpi aut mutari non potest superveniente delicto; hoc est, mala fide, et clandestina possessione: *transactum*: id est: absolutum, et ad finem perductum, Plaut. *in Amphitrion.*

Act. 3. *sc.* 1. *hanc. inchoatam transigam comaediam:* et in *Trucul. in prol. tantisper dum transigimus hanc comaediam.* et in *Pseudol. sc.* 5. *qui vos oblectem hanc fabulam dum transigam.* Terent. *act.* 2. *sc.* 4. *in Adelph. ego jam. transacta re convertam me domum cum obsonio.* Cic. 2. *de orat. sed hoc tamen cecidit mihi peropportune, quod transactis jam meis partibus ad Antonium audiendum venistis.* Et in *orat. pro Quinctio. Ego haec duo quaero: primum qua ratione Naevius susceptum negotium non transegerit: hoc est, cur bona, quae ex edicto possidebat, non vendiderit.* Et in *Verr. lib.* 2. *quasi metueret, ne Petilius privato illo judicio transacto, aut dilato cum caeteris in consilium reverteretur.* Hinc dicimus transigere aevum: transigere vitam, pueritiam, bella, rixas. Tacit. *de morib. German. crebrae, ut inter vinolentos, rixae, raro conviciis, saepius caede, et vulneribus transiguntur.* Ita et in jure nostro negotium transigere in *l.* 1. §. *conventionis ff. de pact negotium transactum* in *l.* 2. *in princ. ff. si quis caution.*, et in *l. admonendi* 31. *ff. de jurejur. et in l. ejus rei* 46. *ff. de rei vind. transegisse enim cum eo, et decidisse videor.*

7 Hujus verbi significationem pluribus exposui, quia Paulus ipsum usurpavit ad rem explicandam accomodatissime. *Quod recte transactum est:* hoc est, peractum, expeditum, completum, perfectum, absolutum. Atque ut id intelligamus, duo sunt praemonenda. Primum, quod interdictum de itinere, actuque privato non requirit praesentem possessionem, ut interdictum *uti possidetis*, quod non datur nisi ei, qui actu possidet *l.* 1. §. *inter cum seqq. l.* 2. *et passim ff. uti possidetis.* Hoc autem datur etiam ei, qui non possidet, dummodo eo anno a die interdicti retro computando possederit *l.* 1. §. 2. *et seqq. ff. de itin. act. priv.* Alterum, quod sufficit actorem eo anno possedisse saltem triginta diebus *d.* §. 2. *versic. vel modico tempore.* His positis in laudata *l.* 1. §. *ult.* quaerebatur, an, si actor eo anno primum possederit triginta diebus, non vi, non clam, non precario ab adversario, quae possessio legitima est, et justa ad nanciscendum hoc interdictum; *d. l.* 1. *in princ.* postmodum vero coepit possidere clam, aut precario, quae possessio vitiosa est; id ei noceat, ita ut amittat interdictum: et respondit Ulpianus, nihil ei nocere. Merito, quia etsi post triginta dies, quibus legitime possedit, amplius non possedisset, tamen daretur ei interdictum *d. l.* 1. §. 2. *versic. neque ad praesens ff. eod.* multo magis igitur ei debet dari interdictum, cum possederit, quia licet ea possessio non sit idonea ad acquirendum interdictum, tamen neque idonea est ad ipsum corrumpendum. Ideo recte subdit Paulus, superveniente delicto neque mutari neque corrumpi recte transactum, hoc est, praescriptionem jam recte completam, atque perfectam: subsequens enim vitiosa possessio non nocet antecedenti possessioni legitimae, atque completae *l. sicut* 6. *ff. eod.* si enim superveniens mala fides, quae vitiosam subsequentem possessionem reddit, non interrumpit usucapionem, ut praemisimus, licet nondum completa fuerit usucapio, et ad eam complendam requiratur continuatio possessionis, quousque tempus expleatur perficiendae usucapionis; quanto minus subsequens vitiosa possessio corrumpet usucapionem seu praescriptionem jam completam, atque perfectam. In summa Praetor pollicetur interdictum illis, qui eo anno neque vi, neque clam, neque precario ab adversario possederunt: neque quicquam aliud exigit *l.* 1. *in princ. D. de itin. actu*. *priv.* Atqui hic eo anno possedit neque vi, neque clam, neque precario: ergo ei dandum est interdictum. Et hanc rationem omnino insuperabilem affert Ulpianus in *l.* 1. §. *idem ait* 20. *ff. de a.q. quotid. et aestiva.* Ibi: *esse enim verum, hoc anno non vi, non clam, non precario usum.*

8 Quintum in *l. debitor* 82. *in princ. ff. de leg.* 2. in *l.* 5. *in fin. ff. ad leg. Falc.* in §. *ex contrario* 14. *instit. tit. de legat.* Si creditori debitor leget id, quod ei debet, inutile est legatum, quia nullam utilitatem affert legatario §. *ex contrario inst. tit. de leg. l. si debitor* 11. *et l. legavi* 25. §. *contra D. de liberat. leg.* Verumtamen si debeatur in diem vel sub conditione, et legetur pure, legatum valet propter commodum repraesentationis d. §. *ex coutrario*, *et l. sin autem* 29. *ff. de leg.* 1. *l. Maevius* 66. *in princ. ff. de leg.* 2. De eo dubitatum fuit apud veteres, an si dies, et conditio extiterit vivente testatore, legatum nihilominus debeatur, an vero exstinguatur, quod venerit ad eum casum, a quo incipere non potuisset. Paulus in *l. debitor* 82 *in in princ. ff. de leg.* 2. ita distinguit: si dies venit, postquam cessit: tunc enim debitum erat in diem, et legatum erat purum, et ideo legatarius fruebatur commodo repraesentationis. Quod si dies venerit vivo testatore: *dicendum inutile effici legatum*, *quamquam constiterit ab initio*. Quae sententia, ac distinctio regulis juris videtur apprime consentanea. Papinianus tamen contra sentit in *l.* 5. *in fin. ff ad leg. Falcid.* Ibi *nec si vivo testatore dies venerit*, *aut conditio fuerit impleta*, *fiet irritum*, *quod semel competit.* Justinianus autem Papiniani sententiam confirmavit in §. *ex contrario versic. quod si vivo inst. de legat.* addita ratione: *non enim placuit sententia existimantium*, *exstinctum esse legatum*, *quia in eam causam pervenerit*, *a qua incipere non potest.* Ex quibus apparet, de hoc non convenisse inter veteres jurisconsultos: qui enim regulae addicti erant, existimabant legatum esse exstinctum: qui secus, illud sustineri. Quamobrem Paulum a Papiniano dissensisse, nullus dubito: hanc enim regulam quidam repudiabant, quidam libenter admittebant, ut supra luculenter demonstravimus. Papinianus hoc casu eam repudiavit, ut ostendit illis verbis: *quod semel competit.* Paulus eam approbavit, ut demonstrant illa verba: *inutile effici legatum*, *quamquam constiterit ab initio.* Cum igitur uterque ad eamdem regulam respexerit, et alter eam hoc casu obtinere dixerit, alter negaverit. Peliam lavant, qui Paulum a Papiniano non dissensisse conantur ostendere. Commodissime omnium rem expediunt, qui verba illa: *inutile effici legatum* explicare satagunt, hoc est, *nullam utilitatem affert*, caeterum legatum valet. Verumtamen neque hoc perfugium tutum est; tum quia, ut dixi, ad nostram regulam id refert Paulus, quae dictat legatum extingui, obligationem perimi, legatum non valere: tum quia etiam in primo casu non affert utilitatem, ergo hi duo casus, quos tamquam contrarios Paulus proponit, inter se non discreparent.

Enimvero, ut ingenue fatear, quod 9
sentio, probabilior mihi videtur sententia Pauli: nihilominus cum Papiniani decisio a legislatore nostro fuerit confirmata, utique non est ab ea recedendum: et fateri oportet, hoc casu non obtinere regulam nostram, ut diserte statuit idem Justinianus in *d.* §. *ex coutrario* 14. *in fin. inst. tit. de legat.* Ratio autem hujus 10
decisionis, quantum conjectura assequi possum; ea fuit, quia vitium, quod ex post facto obvenit legato, extrinsecus ei obvenit, nempe ex eventu conditionis aut adventu diei, quae non legato erant adjecta, sed obligationi, qua adstrictus erat testator. Hoc igitur vitium, cum non sit intrinsecum legato, nec substantiam ejus inficiat, nec impediat, quominus praestari possit id, quod legatum est, neque quod ex eo nasci possit actio, et exerceri, sicut non impedit conditio existens, et dies veniens post legati cessionem, non corrumpit legatum, quod initio recte fuit relictum, cum non obstet legato, quominus effectum habere possit. Et quamvis non valeat legatum, si nullum legatario afferat emolumentum *l. Maevius* 66. *in fine princip. ff. de leg.* 2. *l. legavi* 25. *versic. contra D. de*

liberat. leg. tamen ex post facto, et ex accidenti fieri potest, ut nullum commodum afferat legatario, ut, cum legatarius rogatus est, restituere rem, vel quantitatem legatam alteri: tenetur enim totum id, quod percepit, restituere *l. Imperator* 70. §. *si centum D. de leg.* 2. *l. ita tamen* 27. §. *heres ex asse* 16. *et l. scribit* 33. *ff. ad SC. Trebell.* imo aliquando damnum affert *d. l. Imperator* §. *si centum vers. enimvero l. plane* 94. §. *si cui ff. de leg.* 1. *l. sed si non servus* 36. *D. ad leg. Falc.* Praeterquamquod in casu nostro potest etiam commodum] afferre, potest enim ejus interesse unam potius, quam alteram actionem intendere posse, ut in *l. si creditoris* 28. *vers. sicut Aristo ff. de leg.* 1. *l. si debitor* 11. *ff. de liber. legat.* Et ut haec omnia desint, nonnullum tamen commodum est pluribus actionibus experiri posse, et earum electionem habere *l. cum filius* 76. §. *variis ff. de leg.* 2. §. *sic itaque discretis* 14. *instit. tit. de action.* Quod etsi non efficiat, ut ab initio legatum valeat, tamen efficere potest, ut conservetur, et ab initio rite datum non perimatur: saepe enim conservatur, quod initio non posset subsistere, cum facilius sustineatur id, quod antea recte erat constitutum, quam initio recte constituatur, *l. non tantum* 17. §. *is qui D. de excus. tut. l. patre furioso* 8. *D. de his, qui sunt sui vel al jur. l.* 3. §. 1. *juncto* §. *sed etsi* 7. *et* §. *saltus* 11. *ff. de acquir. vel. am. poss. l.* 3. §. *ult. juncta l.* 5. *in princ. ff. de acquir. rer. dom.* Maximam autem, atque optimam rationem habuit Justinianus confirmandi opinionem Papiniani, cum omnibus legatariis, et fideicommissariis praeter actionem personalem dederit etiam hypothecariam *l.* 1. *versic. cum enim l.* 2. *versic. cum enim l.* 2. *versic. et sit omnibus C. commun. de legat.* quod maximam afferet legatario utilitatem, si erat creditor tantum chirographarius. Haec enim legata sunt quidem utilia, quoad nanciscendam actionem ex testamento, et hypothecariam, non tamen ita, ut ex iis detrahi possit Falcidia *l. si creditori* 28. *in fin. D. de leg.* 1. aut fideicommissum relinqui *l. si mulier*, 3. §. *si rem, D. leg.* 3. Quare commodum, quod percipit legatarius, neque Falcidia, neque fideicommisso ei detrahi potest.

Textum nonnulli petunt ex *l. a filio* 25. *D. de leg.* 1: *a filio herede etiam pure patri legari potest; nec interest, an die cedente legati in patris potestate sit. Et si jussu patris adita sit hereditas, imputabitur ei in Falcidiam.* 11 Nodum scirpo quaerunt, qui hoc regulae nostrae opponunt: neque enim contra, sed pro ea facit. Legatum enim hujusmodi, cum venit in eum casum, a quo incipere non potest, exstinguitur. In eum autem casum venit, cum patri acquiritur hereditas per filium. Tunc enim, cum id obtineat jure hereditario, non potest obtinere jure legati. Titulus enim universalis hereditatis absorbet titulum particularem legati: et ideo heredi a semetipso legari non potest *l. et quidem* 18. *l. legatum* 116. §. 1. *D. de leg.* 1. Igitur cum filius jussu patris adit hereditatem, legatum evanescit §. *ex diverso in fin.* 32. *instit. tit. de legat.* et non debetur, ut de legato in persona servi respondit Maecianus in *l. si a servo* 20. *ff. ad leg. Falc.* Et hoc significant illa verba *imputabitur ei in Falcidiam*: hoc est, si quartam detrahens hoc legatum retinuerit, hoc in quartam inputabitur. Porro ad jurgandum sunt propensiores, qui duas hasce leges inter se committunt. Concordant enim, non pugnant inter se: et utraque idem prorsus continetur. Etenim Paulus ait in *d. l. a filio* 25. *ff. de leg.* 1. *imputabitur ei in Falcidiam*: Contra Scaevola ex Maeciano in *d. l. si a. servo ff. de leg. Falc.* negat *id legatum in Falcidia computari.* Ita profecto. Sed non sunt haec contraria, quia aliud est, in Falcidia computari: aliud imputari in Falcidiam. In Falcidia computari dicitur le-

gatum, cum adnumeratur legatis, ex quibus Falcidia detrahitur: cum connumeratur inter legata in computatione quartae. Id proprie significat verbum, *computare*. Optime ad rem nostram Quintilianus *instit. orat. lib.* 11. *cap.* 3. *ut est autem necessaria verborum explanatio, ita omnes computare, et velut adnumerare literas molestum, et odiosum*. Senec. *de benef. lib.* 3. *cap.* 16. *illustres quaedam ac nobiles feminae non consulum numero, sed maritorum annos computant*. Id igitur voluit Maecianus, non habendam esse rationem hujus legati in deducenda quarta: quod explicat subsequentibus verbis *quia non debeatur*. Ergo nulla ratio ejus haberi potest, perinde ac si legatum non fuisset. Tacit. *lib.* 1 *histor. Senium Galbae, et juventam Othonis computantium persuaserat fore, ut in imperium ascisceretur*. Nempe in facienda conjectura de imperio, rationem habebant juventae Othonis, et senii Galbae. In *l. in lege* 45. *ff. ad leg. Falc. In lege Falcidia non habetur pro puro, quod in diem relictum est: medii enim temporis commodum computatur*. Hoc est, ratio hujus commodi, et in detrahendo quadrante hoc etiam connumerandum, et computandum. Id ipsum passim occurrit.

12 Imputari autem in Falcidiam dicitur, quod heredi assignatur, ac tribuitur ratione Falcidiae, ut eam expleat, et quadrantem heredi debitum conficiat, et compleat. In *l. id autem* 76. *in princ. ff. ad leg. Falc. Id autem, quod conditionis implendae causa a legatario, vel a coherede, vel a statu libero datur, in Falcidia non imputatur, quia mortis causa capitur*. In *l. quod autem* 74. *in fin. ff. eod. quod quis legatorum nomine a coherede accepit, in quadrantem ei non imputatur;* et passim hoc verbum ita usurpatur in hoc titulo. Non ignoro tamen, aliquando confundi haec verba: *imputari, et computari:* sed si proprie accipiantur, significant id quod diximus. Senec. *epist.* 8. *hoc non imputo in solutum de tuo tibi*. Plin. in *Panegyr. Gessisti alterum consulatum: scio, illum exercitibus, illum provinciis, illum etiam caeteris gentibus poteris imputare: non potes nobis*. Tacit. *lib.* 2. *Histor. contra illi initium belli nemo imputabat*; et *lib.* 3. *casum Cremonae bello imputandum;* et *lib.* 4. *cujus ambiguam fortunam Vespasiano imputaturos:* et in *vit. Agric. prospera omnes sibi vindicant, adversa uni imputantur* et deinceps: *nunquam exercitui imputari potuisse aut moras belli, aut causas rebellandi*.

Illud ultimo loco est animadvertendum, quod hoc casu legatum evanescit post diem legati cedentem, et ratio est, quia cum cedit legati dies, nondum existit casus, a quo incipere non poterat: quia cum possit evenire, ut filius emancipetur, aut servus manumittatur, legatum interim sustinetur; quoniam his casibus patri, et domino acquireretur, qui heredes non essent. Tunc igitur evanescit, cum patri per filium, aut domino per servum hereditas acquiritur, quia acquisita hereditate non possunt amplius legatum consequi *d. l. a filio ff. de leg.* 1. et *d. l. si a servo* 20. *ff. ad leg. Falcid.* Hoc autem videtur singulare, quia solet spectari dies cedentis legati: idque etiam, cum quaeritur de validitate legati *l. cum filius* 76. §. *servus ff. de leg.* 2. *l. ult. in fin. ff. commun praed.* 13

Superest explicandum rescriptum Imperatoris Alexandri in *l.* 3. *C. de interd. matrim.* Senatusconsulto cautum erat, ne tutor, aut curator, aut eorum filii ducerent uxorem pupillam suam, aut patris sui, antequam tutelae, vel curae rationem redderent, et praeterirent tempora restitutionis in integrum *l. non est matrimonium* 96. *ff. de ritu nupt. l. qui pupillam* 7. *ff. ad l. Jul. de adulter. l.* 1. *C. de interd. matrim.* Quidam duxit uxorem, post liberos ex ea susceptos, pater ejus curator datus est uxori, hoc est, nurui suae: si ab initio cura- 14

tor fuisset, cum filius eam duxit uxorem, legitimum non fuisset matrimonium: ergo neque modo esse debet, quia venit in eum casum, a quo incipere non poterat. Contrarium tamen respondit Alexander in *d. l.* 3. et liberos jam natos esse legitimos, et matrimonium irritum non fieri. Ratio autem duplex est. Prima, quia matrimonium rite contractum ex post facto subverti non debet, quae ratio redditur in ipsa lege verbis: *cum rite contractum matrimonium ex post facto vitiare non potuerint:* et in aliis etiam casibus responsum est, ut in *l. si qua mihi* 12. *in princ. ff. de ritu nupt. l. penult. C. de nupt.* Est enim firmissimus contractus matrimonii. Altera ratio est, quia cum actus antecedens rite gestus redigitur ad casum, a quo incipere non poterat per aliquem actum subsequentem, potius infirmandus est actus subsequens, quam primus, qui jam erat in statu validitatis, et impedimento est, quominus subsequens possit valere, quod indicat Imperator in *d. l.* 3. consulens, ut in locum patris alius curator substituatur, et clarius decernitur in *l. amplissimi C. de excusat. tut. l. penult.* §. *videamus ff. de ritu nup.*

CAPUT XXVI.

Ad eamd. L.

SUMMARIUM.

I. Lex aliquando non declarat irritum, quod fieri vetat.
II. Emptio perfecta aliquando resolvitur, si res pereat, aliquando non resolvitur.
III. Idem est in testamento.
IV. Et in legatis.
V. Regula non pertinet ad actus imperfectos et inutiles.
VI. Neque ad conditionales.
VII. Nec ad eos, qui suum effectum consecuti sunt.
VIII. Mala fides superveniens non interrumpit usucapionem.
IX. Regula non pertinet quoque ad eos actus, in quibus etiam rite perfectis requiratur aliquid, quod ad eorum substantiam et solemnitatem pertinet.
X. Actus perit, si eo perductus est, ut completum finem sortiri nequeat. Exempla. et n. XI. XIV. XV. XVI. XVII.
XII. Venditor habet actionem contra emptorem ad petendum pretium, perempta re vendita sine ejus culpa.
XIII. Nec tamen ideo venditio durat.
XVIII. Si persona, quae actum gessit, fiat incapax, actus corruit. Exempla. et n. XIX. XX.
XXI. Idem quoque est, si persona acquirere debentis fiat incapax acquirendi. Exempla et num. XXII.
XXIII. Dispositio recte facta si vitium, in quod dilabitur, ab initio eam inutilem reddidisset, corruit, etiamsi, qui acquirere debet, capax sit.
XXIV. Actus non retractatur, si possit exitum, et exceptionem habere. Exempla. et n. XXV.
XXVI. Exponitur l. pluribus 140. §. 1. ff. de verb. obl.
XXVII. Legatum corruit, cum idem est heres ac legatarius.

Etsi expositis regulae exceptionibus, et 1
explicatis luculenter exemplis, adjecta etiam ratione, cur in illis a proposita regula recedendum esset, omnis controversia sublata esse videatur: tamen ea, quae singillatim diximus, in genera sunt digerenda, ut quisque in promptu habeat certam normam praescriptionemque, ad quam propositio quocumque facto judicium suum dirigere possit. Primum autem illud statuendum est, non esse contrarias duas hasce regulas: *quae initio recte constiterunt, resolvuntur, si pervenerint ad eum casum, a quo incipere non poterant*: et *multa facta tenent, quae fieri prohibentur.* Etenim haec secunda regula non pertinet ad ea, quae initio recte gesta fuerunt, sed ad ea, quae lege prohibente gesta fuerunt: atque adeo nec ab initio, nec postea deberent sustineri. Verum quia aliquando lex non declarat irritum, quod fieri vetat, et ex quadam honestate, et aequitate aliquid prohibet, id tolerat, si gestum fuerit: et aliqua alia ratione succurrit illis, qui ex ea re damnum passuri essent. Exempla nobis suppeditantur in *l.* 1. §. *biduum* 5. *ff. quan. appell. sit.* in *l. quid ergo* 13. §. *poena ff. de his, qui not. infam.* in *l.* 1. *ff. de feriis* in *l. relegatorum* 7. §. *ad tempus ff. de interd. et releg.* in *l. moris* 9. §. *ista* 11. *ff. de poen.*

2 His praelibatis, quantum ad regulam nostram attinet, communiter ita distinguere solent. Aut actus perfectus est, et ex postfacto non retractatur: aut est imperfectus, et resolvitur si in eum casum venerit, a quo incipere non poterat. Huic regulae acquiescere non possum, tum quia non satis distincte atque explicate declarat id, quod quaeritur: tum quia fallax est, et saepenumero falsa. Etenim quando actus sit perfectus, aut imperfectus, non explicant. Quidam ajunt perfectum esse, quando est in esse deductus. Si hoc modo accipiatur, plerumque falsa est. Alii addunt, perfectum et consummatum. Sed quando sit consummatus, non docent. Porro actus consummatus est, quando perfectus est, et absolutus: nam consummare significat perficere, absolvere. Sed quocumque modo hanc distinctionem accipias, saepe falsa est. Exemplis id explico. Emptio, et venditio perfecta est, simul ac de re, et pretio convenit *l. 1. in fin. l. in venditionibus 9. in princ. ff. de cont. empt. l. 2. in princ.* et *l. in quibuscumque 48. ff. de obl. et act. l. 2. C. de contrah. empt.* Expendamus igitur, subsistat ne, an resolvatur, si in eum casum inciderit, a quo incipere non poterat. Si res vendita pereat sine culpa venditoris, utique existit casus, a quo incipere non posset. Sine re enim, quae in obligationem deducatur, obligatio contrahi non potest. Atqui, re perempta, aut eo redacta, ut amplius praestari non possit, aliquando nihilominus emptio subsistit: aliquando resolvitur. Si res pereat sine culpa venditoris, non resolvitur venditio, cum venditor, etiamsi rem praestare non possit emptori, tamen pretium ab emptore possit exigere, nec restituere teneatur, si jam exegit, § *cum autem 3. instit. de contrah. empt. l. cum emptor 5. §. ult. D. de rescind. vend. l. ult. ff. de condict. cau. dat. cau. non seq. l. venditor 22. D. de hered. vel act. vend. l. ult. C. de peric. et comm. rei vend.* Contra, si fundus publicatus fuit, emptio evanescit, et exstinguitur. Emptor enim non tenetur ad dandum pretium; et, si dederit, repetere potest, *l. fundus 33. ff. locat.* Idem si res sacra, aut religiosa fiat, aut servus venditus liber fiat *l. inter stipulantem 83 § sacram ff. de V. O.* Quibus positis ita concludere licet. Aut emptio, secundum propositam distinctionem, perfecta, et consummata intelligi debet, aut non: si primum, semper fieri debet irrita: si secundum numquam debet infirmari. At hoc est falsum, quia aliquando infirmatur, aliquando sustinetur: ergo fallax est distinctio, quam nobis obtrudunt.

Haud aliter usu venit in testamento 3
Si testamentum rite perfectum fuerit, licet postea testator furore corripiatur, tamen non infirmatur, quamvis, si furore grassante testamentum condidisset, testamentum inutile fuisset, §. 1. *instit. tit. quib. non est permis. fac. testam l. ult. ff. de injust. rupt. l. 1. § si quis autem 9. ff. de boni pos. sec. tab.* Contra si testator capite minuatur, fit irritum testamentum §. *alio autem modo, instit. tit. quib. mod. testam. infirm.* Nam sive testator poenae servus efficiatur, sive deportetur, testamentum antea factum fit irritum, quia incidit in eum casum, a quo incipere non poterat *l. si quis 6. §. irritum cum seqq. ff. de injust. rupt. irrit. fact. test.* Hic recurrit idem argumentum. Quaero enim, an hujusmodi testamentum pro perfecto accipere debeamus, ea perfectione, quam superior distinctio requirit, an non. Si affirmaverint esse perfectum, illud etiam affirment necesse est, ipsum non infirmari per capitis diminutionem, quod falsum est. Si negaverint; illud quoque negare cogentur, ipsum non infirmari superveniente furore: quod non minus falsum est.

Perpendamus modo, quid juris sit in 4
legatis. Sane in illis idem est constitutum. Si quis pure legaverit, quod sub conditione, vel in diem debebat: sive eo vivo, sive post ejus mortem conditio

extiterit, vel dies venerit, legatum valet, *l.* 5. *in fin. ff. ad leg. Falc.* §. *ex contrario instit. tit. de legat.* Et hoc quia in legato non obtinet nostra regula, ut diserte explicat legislator noster in *d.* §. *in fin. non enim placuit sententia existimantium exstinctum esse legatum, quia in eam causam pervenerit, a qua incipere non potest.* Contra in *l.* 3. §. *ult. ff. de his, quae pro non script. hab.* Si servo alieno quid legatum fuerit, et postea a testatore redemptus sit, legatum exstinguitur: et affertur ratio superiori contraria: *nam quae in eam causam pervenerunt, a qua incipere non poterant, pro non scriptis habentur.* Utrobique agitur de legato ab initio valido atque perfecto: utrobique agitur de tempore antecedente mortem testatoris: et tamen primo casu repudiatur regula supra exposita: secundo admittitur: primum legatum valet, secundum est inutile. Quae ista distinctio? quae vera, quae falsa habet; quae a veris falsa non separat atque secernit.

5 Equidem fateor in re maxime controversa, et inter veteres etiam jurisconsultos plena dissensionis, difficillimum esse vera a falsis dijudicare, et secernenda distinguere. Conabimur tamen, et an ex voto nobis successerit, alii judicabunt. Duo autem praemonenda esse arbitramur, ut distinctius cuncta digeramus. Primum, quod haec regula non pertinet ad actus inperfectos, et inutiles, sed ad perfectos, et rite, recteque celebratos. Alterum, quod pariter non pertinet ad actus, qui jam expletum finem, atque exitum habuerunt.

6 Primum igitur haec regula refertur solum ad actus perfectos, eosque tantummodo complectitur. Ait enim: *quae ab initio recte constituta sunt.* Merito, quia id quod perfectum non est, quod est inutile, quod non valet, infirmari non potest, aut rumpi, et revocari, nec potest, desinere, quod non coepit *l.* 5. *vers. post defectum ff. de injust. rupt. l. decem* 116. *versic. et solvente ff. de V. O. l. Titio usus fructus.* 96. *in princ. versic. desiisse ff. de cond. et dem. l. Sempronius Attalus* 26. *versic. et ideo capitis ff. de usufr. leg.* Quocirca nec pertinet quidem ad actus conditionales, licet omnia rite gesta fuerint, adeo ut actus subsistat, ac perfectus sit; quia tamen in suspenso est, quamdiu conditio pendet, et nata non est obligatio, huic regulae non subjacet. Finge, rem alienam stipulor sub conditione: postea mea fit, non exstinguitur stipulatio, licet inciderit in eum casum, a quo incipere non poterat, *l. si rem meam* 31. *ff. de V. O.* et si pendente conditione rursus fiat aliena, valebit stipulatio, et nascetur obligatio, perinde ac si nunquam mea facta fuisset, *l. existimo* 98. *in princ. ff. de V. O. l. quoties* 34. *in fin. princip. ff. de usufr.* Rursus finge: Stipulor viam ad fundum alienum: si stipulor pure, inutilis est stipulatio, quia fundo alieno servitus acquiri non potest, *l. si unus* 19. *ff. de servit. rust. praed. l. proprium* 5. *in fin.* et *l. si quis duas* 6. *ff. commun. praed.* Quamobrem si stipulor pure viam ad fundum meum, licet ab initio valeat stipulatio, tamen statim exstinguitur, si fundus fiat alienus, quia incidit in eum casum, a quo incipere non poterat *l. si sub una* 136. §. *ult. ff. de V. O.* Quod si eam stipulor sub conditione, stipulatio non exstinguitur, etsi fundum ante conditionis eventum alienavero: si enim conditione existente meus iterum fit, servitus mihi debebitur. Contractus enim conditionalis perficitur eventu conditionis, et tunc parit obligationem *l. cedere diem D. de V. S.* Multo minus igitur haec regula pertinebit ad eos actus, qui neque ab initio perfecti sunt, neque perfici possunt in posterum, deficiente fortasse vel consensu, vel aliqua alia solemnitate ad actum perficiendum necessaria.

Non pertinet pariter haec regula ad 7
eos actus, qui jam consecuti sunt exitum ac finem, ad quem fuerunt instituti.

Optime probant id duae leges, quae videntur omnino contrariae, sed non sunt, quia in prima agitur de eo, qui servitutem stipulatatus erat; in altera de eo, qui servitutem jam acquisiverat: hoc est in altera de actu quidem perfecto per stipulationem rite contractam: in altera de actu, qui jam executionem, et consummationem sortitus erat. In *l. pro parte* 11. *D. de servit. Si quis fundum habens viam stipulatur, et partem fundi sui postea alienet, corrumpit stipulationem in eum casum deducendo, a quo stipulatio incipere non possit.* Contra in *l. pluribus* 140. *in fin. ff. de V. O. Per partem dominorum servitus acquiri non potest, acquisita tamen conservatur, et per partem domini: hoc evenit, si pars praedii servientis, vel cui servitur, alterius domini esse caeperit.* Ibi agitur de servitute debita, sed acquirenda, nondum tamen acquisita: hic de servitute jam acquisita. Ibi obtinet regula, hic secus. Et hoc est, quod Paulus indicat in *l. si sub una* 136. §. *ult. D. de V. O.* illis verbis: *ante constitutam servitutem alienaverit.* Eadem ratione non ammittitur interdictum in *l. 1. in fin. D. de itin. act. priv.* quia jam completa erat praescriptio, et transactum negotium, ut ait in *l. 2. D. eod.* et nos supra late exposuimus. Res enim, quae jam effecta est, infecta fieri non potest *l. in bello* §. *facti D. de capt. et postlim revers.* Non nego tamen, quod quis, si res, quam consecutus est vel ex contractu, vel ex ultima voluntate, pereat, vel publica, sacra, religiosa fiat vel servus libertatem consequatur, rem amittat: sed non amittit, quia contractus, aut ultima voluntas evanuerit; cum enim jam exstincta sit omnis obligatio per ejus executionem, non potest evanescere, et corrumpi, quod amplius non est: sed ideo rem amittit, quia res, quam possidet, in rerum natura, aut in commercio esse desinit: ac propterea in dominio, et in bonis ejus esse amplius non potest §. *nullius inst. tit. de rer. divis. cum* §§. *antecedentibus* § 2. *instit. tit. de rer. divis. l. sed Celsus.* 6. *in princ. ff. de contr. empt. l. inter stipulantem* 83. §. *sacram ff. de V. O.*

8 Ex his colligi potest, cur mala fides superveniens post coeptam usucapionem, ipsam non interrumpat. *l. bonae fidei* §. *in contrarium ff. de acquir. rer. dom. l. heres* 43. *ff. de usucap. l.* 2. §. *si defunctus* 19. *ff. pro emptor.* quae si fuisset ab initio, usucapio inchoari non potuisset *l. justo* 44. §. *etsi possessionis ff. de usucap. l.* 2. *in princ. ff. pro emptor.* quia cum principium vitiosum est, inchoari non potest *l. si is qui* 15. §. *penult. ff. de usucap.* Etenim usucapio ad regulam nostram non pertinet: quoniam, antequam elabatur tempus possessionis a lege praescriptum, inchoata est, non perfecta post lapsum autem temporis completa est, et finem, et consummationem sortita est, nempe translationem dominii, ad quod consequendum a lege fuit introducta.

9 Exclusis a regula his actibus, supersunt solum illi, qui et initio rite perfecti fuerunt, et nondum finem, et executionem habuerunt. Ex horum numero rursus eximendi sunt illi, in quibus, postquam rite perfecti fuerunt, deficit aliquid, quod ad eorum substantiam, et solemnitatem pertinebat, veluti consensus actum gerentis, aut ejus, qui ipsum habet in potestate: verba in stipulatione: litterae in obligatione syngraphae. Cum enim haec solummodo requirantur ad gerendum actum; postquam actus illis intervenientibus rite gestus est, atque perfectus, ea amplius non requiruntur. Itaque si post perfectum actum, is, qui gessit, in furorem incidat, actus non corrumpitur, ut in superiori exposuimus in prima exceptione. Idem dicendum, etsi consensum jam praestitum retractaverit: nam quae ab initio sunt voluntatis, ex post-facto sunt necessitatis. Nascitur enim obligatio, quae nos vel invitos adstringit ad dandum vel faciendum

l. obligationum substantia 3. *in princ. ff. de obl. et act.* Et licet ultimae voluntates usque ad extremum vitae spiritum revocari possint, tamen solo dissensu non revocantur, sed modis a jure praescriptis, §. *ex eo autem solo instit. tit. quib. mod. testam. infirment.* Quod de amissione consensus, seu de furore diximus, dicendum est de verbis, ac litteris; nam si stipulator obmutescat, aut syngraphae scriptor usum et facultatem scribendi amittat, non propterea corrumpitur stipulatio, et syngrapha. Quod autem de consensu diximus, intelligendum est de consensu praestito in ipso actu, non de consensu actum antecedente, qui retractari potest, cujus rei exempla attulimus in superiore.

His exceptis dicendum est, quando in caeteris obtineat nostra regula, quando repudietur. Qua de re sic statuendum arbitror. Si casus, in quem perducta res est, impediat quominus actus rite gestus possit proprium, et expletum finem sortiri, et executioni mandari, actus corrumpitur, et perit: sin alter, durat. Evenire autem solet, ut actus finem, atque exitum sortiri non possit, quoties aut rem quae in obligationem deducta est, consequi non potest is, qui eam acquirere, et consequi deberet, quia amplius ea praestari non potest: aut quoties persona fit incapax vel eam praestandi vel eam acquirendi. His duabus de causis extinguitur obligatio jam contracta, quia impossibilium nulla est obligatio *l. impossibilium ff. de reg. jur.* et quia corrumpitur substantia obligationis, quae in eo consistit, ut nos adstringat ad dandum, vel faciendum *l. obligationum substantia* 3. *ff. de oblig. et act.*

11 Quoad rem in obligationem deductam, haec occurrunt exempla, quae breviter attingam, quia supra uberrime sunt explicata. Primum in re, quae post contractam obligationem eximitur commercio hominum, aut in rerum natura esse desinit sine culpa debitoris, quae cum amplius solvi non possint, currumpunt obligationem, de quibus agitur in §. 2. *versic. item contra instit. de inutil. stipul.*

Sed, quoad rem peremptam obstat auctoritas legislatoris nostri Justiniani in §. *cum autem* 3. *instit. tit. de empt. et vendit.* ubi re vendita sine culpa venditoris perempta venditor habet actionem adversus emptorem ad petendum pretium: quod confirmatur auctoritate Imperatorum in *l. ult. C. de peric. et comm. rei vend.* et Jurisconsultorum in *l. cum. emptor* 5. §. *ult. ff. de rescin. vend.* in *l. ult. ff. de condict. caus. dat.* in *l. venditor* 21. *ff. de hered. vel act. vend.* ergo etiam post interitum rei subsistit emptio, cum duret actio, quae ex ea nascitur. 12

Respondetur, quod ex eo, quod detur actio, non potest deduci, emptionem durare. Optime ad rem nostram Modestinus in *l. qui officii* 62. §. 1. *ff. de contr. empt. Qui nesciens loca sacra vel religiosa, vel publica pro privatis comparavit, licet emptio non teneat, ex empto tamen adversus venditorem, experietur, ut consequatur, quod interfuit ejus, ne deciperetur* §. *loca tit. de empt.* Quod rem nostram attinet, animadvertendum est, ex hoc contractu duas nasci obligationes inter se distinctas: altera obstringitur venditor ad tradendam rem venditam *l. ex empto* 11. §. 2. *l. servus* 30. §. *ult. ff. de act. empt. l. si ita distrahatur* 25. §. 1. *ff. de contrah. empt.* altera obstringitur emptor ad dandum pretium *d. l. ex empto* §. 2. *l.* 1. *in princ. versic. emptor enim ff. de permut.* Perempta igitur re vendita, perit etiam obligatio ejus tradendae, qua venditor obstringebatur, quia res amplius praestari non potest: non perit autem obligatio, qua obstringitur emptor ad dandum pretium, quia pretium semper praestari potest, cum neque perierit, neque perire possit; genus enim nunquam perit. Interitu rei debitae debitor liberatur ab obligatione, quia rem debitam solvere non 13

potest, cum non sit amplius in rarum natura *l. si ex legati* 23. *ff. de V. O. l. quod te ff. de reb. cred.* Sed tollitur solum obligatio ejus rei, quae praestari non potest *l. Stichum* 98. *inprinc. ff. de solut.* Ex quibus efficitur, quod perempta re vendita tollitur solummodo venditoris obligatio, quia ea sola devenit in eum casum, a quo incipere non potuisset; non tollitur obligatio emptoris, quia ad eumdem casum non pervenit, cum pretium non perierit, et praestari possit. Fateor tamen, hoc casu quodammodo laedi et vulnerari regulam nostram: nam, si initio res vendita non fuisset in rerum natura, tota emptio fuisset irrita, et nullus totus contractus, quia sine merce, quae vendatur, nulla potest emptio contrahi *l. nec emptio* 8. *in princ. ff. de contrah. emptione.* Sed cum placuerit post perfectam emptionem periculum ad emptorem pertinere, §. *cum autem instit. tit. de empt. et vendit. l. id quod post* 7. *l. necessario* 8. *l. si vendita* 11. *ff. de peric. et com. rei vend. l. quod saepe* 35. §. *si res D. de contr. empt. l. sicut* 12. *l. fructus* 13. *l. pen. C. de act. empt.* consequens est, ut per interitum rei venditae sola venditoris obligatio perimatur *d.* §. *cum autem.* Quod tamen non fuit receptum, si res vendita, publicata fuerit *l. si fundus* 33. *D. locat.* vel si sacra aut religiosa facta fuerit *l. inter stipulantem* §. *sacram D. de V. O.* tunc enim totus contractus resolvitur.

14 Secundum exemplum est in re illa, quae cum esset aliena tempore stipulationis, postmodum antequam mihi traderetur, mea facta est: corrumpitur enim stipulatio, quae devenit in eum casum, a quo incipere non potuisset §. 2. *instit. tit. de inut. stipul.* ab initio enim fuisset inutilis stipulatio, si rem meam mihi dari stipulatus fuissem *l. nemo rem* 82. *D. de V. O.* quia res mea amplius mea fieri non potest, §. *sic itaque discretis inst. tit. de action. l. non ut ex pluribus* 159. *D. de R. J.* Itaque cum post contractam obligationem res mea fit, impossibilis est obligationis excutio et ideo statim concidit stipulatio, quae non reviviscit, si iterum postea fiat aliena *d.* §. 2. *vers. item contra*, quia obligatio semel exstincta, amplius non revocatur *l. qui res* 98. §. *auream D. de solut. l. Maevius* 66. §. 1. *D. de leg.* 2.

Tertium est in usufructu legato, quod 15 legatum exstinguitur legatario acquirente proprietatem *l. si tibi* 17. *D. quib. mod. ususfructus amittatur.* Quod et in stipulatione obtinet, quia impossibilis est ejus praestatio, cum res sua nemini serviat *l. uti frui* 5. *in princ. D. si usufr. pet. l. in re communi* 26. *D. de servit. urb. praed.* Notandum autem est, quod ususfructus exstingueretur, etiamsi jam traditus esset, et legatario acquisitus, non tamen exstingueretur propter superiorem regulam, quam exponimus. Nam legatum, ejusque obligatio jam sublata esset per solutionem *princ. tit. instit. quib. mod. toll. oblig. l. in omnibus* 43. *cum seq. l. Stichum* 95. §. *naturalis D. de solut.* adeoque amplius tolli non posset per consolidationem.

Quartum in servitutibus praediorum, 16 quae, si nondum fuerint constitutae, non possunt pro parte acquiri *l. pro parte* 11. *D. de servitut. l. si sub una* 136. §. 1. *D. de V. O.* Si autem fuerint jam constitutae, etiam pro parte conservantur *l. pluribus* 140. *D. eod.*

Quintum exemplum habetur in *l. huic* 17 *scripturae* 15. *cum seq. D. ad leg. Aquil.* de quo fuse, lateque diximus in superioribus.

Veniamus ad personas: et primum de 18 persona ejus, qui actum gessit, disseramus. Si persona, quae actum gessit, fiat incapax, ut si testamentum quis fecerit, et tempore mortis non sit amplius capax testandi, non habeat testamenti factionem, fit irritum testamentum, quod initio rite fecit. Etenim in testamentis duo tempora inspiciuntur, facti testamenti, et mortis testatoris §. *in extraneis* 4. *instit. de hered. qual. et*

differ. l. un. §. 1. *C. de caduc. toll.* Cum enim mortis tempore deferenda sit hereditas, et reliqua, quae in testamento relicta sunt, non potest efficere, ut ea deferantur, qui testari non potest, et de rebus suis post mortem disponere. Accidit autem hoc interveniente aliqua captis diminutione, sive maxima, sive media, sive minima, §. *alio autem modo instit. tit. quib. mod. testam. infirm.* Itaque si quis ad pretium participandum se venundari patiatur, si poenae servus efficiatur, testamentum ab eo conditum fit irritum *l. si quis filio* 6. §. *irritum cum seq. D. de injust. rupt.* Item, si quis deportetur *d. l. si quis* §. *ejus qui* Minima quoque capitis diminutione testamentum fit irritum, cum homo sui juris se dat in arrogationem *l. qui ex ex liberis* 11. §. *testamento D. de bonor. posses. secund. tab. l. conficiuntur* 8. §. *si post factum D. de jure codic.* quia transit in potestatem arrogatoris cum omnibus suis bonis, atque adeo de illis amplius disponere non potest *d l. qui ex liberis* §. 2. Horum omnium testamenta fiunt irrita, quia amittunt jus, et facultatem disponendi. Adoptione non fit irritum testamentum, nec emancipatione, quia his modis facultas disponendi non amittitur, quia filiusfam. non nisi de castrensi peculio disponere potest, in quibus pro patrefamilias habetur *l. 2. D. de S. C. Maced.* quam retinet etiam adoptatus aut emancipatus *d. l. si quis* §. *ult. D. de inj. rup.* Animadvertendum tamen est, quod etsi quis universum patrimonium amiserit tamen ejus testamentum non fit irritum, quia difficultas praestationis non liberat debitorem, qui tenetur, etiamsi rem debitam perdiderit, nec inveniatur, ubi sit *l. continuus* 137. §. *illud* 4. *D. de V. O.*

19 Alterum exemplum est in fidejussore, qui heres exstitit reo principali: exstinguitur enim obligatio fidejussoria *l. si duo* 93. §. *sed etsi reus* et *l. Stichum* 95. §. *quod vulgo D. de solut.* quia nemo potest esse fidejussor sui ipsius *l. heres* 41. §. *servo D. de fidejus.* Idemque est, si debitor, aut fidejussor succedat creditori *l. Granius versic. sed et accessiones D. de fidejus.* eadem ratione, qua nemo sui ipsius creditor esse potest. *d. l. si duo* §. *ult.* et *d. l. Granius*, sicut enim ab initio contrahi non potuisset obligatio, ita nunc exstinguitur, cum exstiterit ille casus, a quo incipere non potuisset.

His est affine, quod traditur ab Imperatore in §. *si res aliena* 6. *instit. tit. de legat.* quod si duorum testamentis eadem res eidem legata fuerit, et ex uno rem ipsam fuerit consecutus, alterum legatum exstinguitur, sicut initio non valeret, si res sua cuiquam legaretur §. *sed si rem* 10. *inst. tit. de legat.* Constanter enim traditum est, duas causas lucrativas in eumdem hominem eamdemque rem concurrere non posse *d.* §. *si res aliena versic. nam traditum l. omnes debitores* 17. *ff. de oblig. et action. l. in perpetuum* 61. *ff. de solut. l. si servus legatus* 108. §. *Stichum ff. de leg.* 1. *l. Maevius* 66 §. 1. *de leg.* 2. *l. nutu* 21. §. 1. *ff. de leg.* 3. 20

Alterum est in *l. tutelas* 7. *ff. de cap min.* quam supra exposuimus. 21

De persona acquirentis idem jus est. Si ea fiat incapax acquirendi, extinguitur obligatio. Duo exempla proponuntur in *l.* 3. *ff. de his, quae pro non script. habent.* Primum in §. *ejus legis*, et in *l. si quis mihi bona* 25. §. *si quis plane ff. de acquir. vel om. hered.* Si heres institutus, aut legatarius post testamentum factum in metallum datus sit, aut alio modo poenae servus factus, exstinguitur institutio, et legatum, quia poenae servus est, non Caesaris: nec ad fiscum pertinet. Sicut inutile esset legatum, si initio relictum fuisset in metallum damnato extra causam alimentorum *d. l.* 3. *in princ.*

Alterum proponitur in §. *ult.* cum legatum fuit servo, qui postea a testatore redemptus fuit, legatum exstinguitur: subdit rationem JC. Nam quae in eam 22

causam pervenerunt, a qua incipere non poterant, pro non scriptis habentur.

23 Porro aliquando corrumpitur dispositio ab initio rite facta, etiamsi ille, in quem collata est, sit capax acquirendi, propter vitium, in quod ipsa ex post facto delabitur, quo si fuisset initio affecta, fuisset inutilis. Evenit hoc in testamento, quod rumpitur agnatione sui heredis *l. 1. ff. de injust. rupt.* §. 1. *instit. tit. quib. mod. testam. infirm.* Atque id primum accidit nativitate posthumi, qui fuit in testamento praeteritus, *l. 1. et* 3. *C. de post. hered. instit.* §. 1. *instit. tit. de exhered. liber.* Secundo quasi agnatione ejus, qui cum tempore facti testamenti non esset suus heres, eo quod a parente praecederetur, eo mortuo fit suus heres *l. posthumorum* 13 *ff. de injust. rupt.* §. *posthumorum instit. tit. de exhered. liber.* Tertio arrogatione, et ejusmodi adoptione, quae transfert patriam potestatem in adoptantem §. 1. *inst. quib. mod. testam. infirm.* Etenim si hi fuissent sui heredes tempore facti testamenti, et in eo fuissent praeteriti, testamentum ipso jure nullum fuisset *princ. tit. instit. de exhered. liber. l. 1. ff. de injust. rupt. l.* 3. §. *ult. l. si filius* 7. *l. inter caetera* 30. *ff. de liber. et post. l. ult. C. de liber. praeter.* Quapropter si postea agnascantur, testamentum initio rite factum rumpitur, quia devenit ad eum casum, a quo incipere non potuisset.

24 Progrediamur jam ad explicandam alteram partem superioris distinctionis. Si possit executioni mandari, et exitum habere, ad quem actus fuit institutus, non retractatur. Exemplum est in *l. donationes* 31. *ff. de donat.* Donatio facta concubinae non retractatur per subsequens matrimonium, quia non impedit, quominus donatio possit exitum habere, ut colligi potest ex iis, quae supra diximus ad hujus legis explicationem. Modo notandum est, quod quando actus incidit in eum casum, a quo incipere non poterat, quia eo casu ex mera legis dispositione prohibetur: aut duret etiam ex post facto ratio prohibitionis, et tunc actus corrumpitur, ut in agnatione sui heredis, ut paulo ante explicavimus: aut cessat ratio prohibitionis, ut in donatione facta concubinae, ut in superioribus ostendimus, et tunc actus non retractatur; quia cum actus sit inutilis ratione prohibitionis, ea cessante, nulla ratio superest, cur non debeat sustineri. 25

Alterum exemplum quidam deducunt ex §. *ex contrario instit. tit. de legat.* Legatum debiti conditionalis pure relictum valet, sive dies et conditio venerit vivo testatore, sive post diem legati cedentem *d.* §. *ex contrario vers etsi vivo et l. debitor* 82. *ff. de leg.* 3. quia hoc non impedit, quominus legatarius possit consequi, quod relictum est, cum praeter primaevam actionem habeat etiam ex testamento, quam si elegerit, legatum consequi poterit. Sed de hoc supra satis copiose disseruimus.

Ut aliquando tandem apponamus coronidem tam longae, totque difficultatibus implicatae disputationi, monendum est, superioris regulae non tam multas esse exceptiones, quam plerique sunt opinati. 26 Nam in *l. pluribus* 140. §. 1. *ff. de V. O.* ubi duae exceptiones proponuntur a Paulo, altera est de duobus heredibus institutis a stipulatore, quae vere non est exceptio regulae: nam in singulos heredes servitus transfertur in solidum, ut supra probavimus. Nihil autem impedit, quominus servitus etiam ab initio duobus acquiratur in solidum in eodem fundo, *l.* 2. *ff. de servit. leg.* servitus ergo, quae in solidum transfertur in duos heredes, non incidit in eum casum, a quo incipere non potuisset: neque enim divididitur in partes, quod fieri non potest. Quemadmodum igitur duobus illis heredibus ab initio potuisset servitus obligari ita et potest in eos obligatio jam contracta transferri. Paulus autem ideo inter exceptiones hoc hujusmodi factum recensuit, quia respexit ad personam stipula-

toris, qui, cum unus sit, in duos transfert obligationem servitutis individuae, quod alioquin juxta regulam nostram fieri non potest *l. pro parte* 11. *ff. de servit. l. si sub una* 136. §. *ult. ff. de V. O.* Altera autem exceptio Pauli est de servitute jam constituta, et acquisita, ad quam proprie regula nostra non pertinet, ut supra diximus. Etenim quoties expleta est obligatio, hoc est, debitor fecit, aut dedit id, quod debebat, illico exstincta est, et sublata *princ. tit. quib. mod. toll. oblig.* semel autem exstincta, atque sublata amplius exstingui, et tolli non potest, quicumque casus inciderit. Sed hoc pluribus supra. Paulus igitur ibi regulam latissime accepit. Idem dicendum est ad *l.* 3. *C. de interd. matrim.* nam et ibi agitur de matrimonio jam contracto, et consummato, ex quo liberi etiam suscepti erant.

27 Minus opponitur regulae nostrae, quod traditur in *l. a filio* 25. *ff de leg.* 1. et in *l. si a servo* 20. *ff de leg. Falc.* Nam ut supra demonstravimus, hujusmodi factum pro regula est, non contra regulam. Statim enim ac legatum incidit in eum casum, a quo incipere non potuisset; quod evenit, cum aditur hereditas quia tunc incipit idem esse heres, et legatarius, legatum exstinguitur. Hoc igitur confirmat, non impugnant regulam.

CAPUT XXVIII.

Ad L. si ita esset 7. D. de aur. et arg. leg.

SUMMARIUM.

I. Tempus facti testamenti inspicitur circa rem in obligationem deductam. Exemplum in legato.
II. Verbum *est* praesens tempus demonstrat.
III. Praecipue si aliquid insertum sit, quod ostendat, testatorem respexisse ad tempus praeteritum.
IV. Legatum mancipiorum, quae sunt intra septem annos, continet ea, quae hujus aetatis erant tempore facti testamenti.
V. Verbum praesentis temporis adjectum substantiae legati, tempus conditi testamenti indicat, etsi aliquod aliud habeatur, quod ad futurum referri possit.
VI. Tempus testamenti spectandum est, etsi res post testamentum conditum mutata fuerit.
VIII. Si quid in codicillis relinquatur, spectatur tempus, quo facti sunt, non tempus confirmationis.
VIII. Regula cessat, si aliud tempus testator comprehenderit, tacite vel expresse. et n. IX.
IX. In legato rerum, quae augmentum, et diminutionem recipiunt, tempus mortis attenditur.
X. In legato fundi continetur, quidquid fundo adjectum fuit, vel a testatore, vel per alluvionem.
XI. Alienatione partis rei legatae minuitur legatum.
XII. Alienatione rei principalis exstinguitur legatum ipsius rei, et accessionum.
XIII. Pignus et hypotheca non pariunt effectum exstinguendi legatum.
XIV. Res alienata si in pristinum statum restituatur, legatum reviviscit.
Expenditur l. si chorus. 79. §. ult. ff. de leg. 3.

Hactenus de tempore, quod spectandum est, cum quaeritur de validitate actus. Modo succedit altera quaestio, quod tempus inspici debeat, cum quaeritur de re in obligationem deducta. Deciditur hujusmodi quaestio a Paulo in *l. si esset* 7. *ff. de aur. et arg. leg. Si ita esset legatum: vestem meam, argentum meum, damnas esto dare: illud legatum videtur, quod testamenti tempore fuisset: quia praesens tempus semper intelligeretur, si aliud comprehensum non esset. Nam cum dicit vestem meam, argentum meum, hac demonstratione* meum *praesens, non futurum tempus ostendit. Idem est, etsi quis ita legaverit: servos meos.* Habemus hic regulam, rationem, et exceptionem. Regula est, praesens tempus semper intelligi, hoc est, tempus facti testamenti. Hanc regulam confirmat Scaevola in *l. medico ult. ff. eod. Medico suo contubernali, et communium expeditionum comiti inter caetera, ita legaverat, argentum viatorium meum dari volo: quaesitum est, cum paterfam. in diversis temporibus Reip. causa abfuerat, quod viatorium argentum hoc legato conprehensum esse videtur. Respondi, quod habuisset argentum viatorium eo tempore, cum testamentum faciebat, deberi.* Ratio autem est, quia verbum illud *meum* praesens tempus demonstrat: ut ait Paulus in modo laudata *l. si ita esset.* 1

2 Idem dicendum, etsi testator adjecerit verbum *est* vel esset, et ejusmodi, nam et haec ad praesens tempus, hoc est, conditi testamenti refertur. Pomponius in *l. scribit* 34. §. 1. *ff. de aur. et arg. leg. Si maritus uxori, cum haberet quinque pondo auri, legasset ita: aurum quodcumque uxoris causa paratum esset, uti heres uxori daret: etiamsi libra auri venisset: et mortis tempore amplius, quam quatuor librae non deprehendentur, in totis quinque libris heredem esse obligatum: quoniam articulus est praesentis temporis demonstrationem in se continet*

3 Atque id multo magis obtinet, cum verbum aliquod praeteriti temporis legato fuerit insertum. In *l. Aurelius* §. *Titius Sejo ff. de liberat. leg. Titius Sejo debitori suo ita legavit: dono illi quicquid sortis, et usurarum nomine mihi debebat.* Si Sejus post testamentum factum aliam quoque pecuniam a Titio mutuatus est: hoc debitum legato non continetur: quia, ut ait ibi Scaevola, cum verba in praeteritum tempus collata proponerentur, non est credendum, posterius esse legatum. Idem confirmat in *l. ult. in princ. ff. eod.* Idem in *l. uxori* 33. §. 1. *ff. de leg.* 3. *Uxori suae inter caetera ita legavit: uxori meae quidquid vivus dedi donavi, usibus ejus comparavi, concedi volo: quaero, an, quod post testamentum factum ei donatum est, id quoque concessum videatur. Respondi, verba: quae proponerentur, nihil pro futuro tempore significare.* Ex hac lege desumi potest regula, quae paulo latius patet: hoc est, contineri legato solummodo ea, quae erant tempore testamenti, nisi verba futurum tempus demonstrent, aut quodammodo significent.

4 Quamobrem in *l. uxorem* 41. §. *testamento* 4. *ff. de leg.* 3. Scaevola proponit hujusmodi legatum. *Publio Maevio dominulo meo ab heredibus meis dari volo pueros quinque ex meis, dumtaxat intra annos septem.* Quaerit Scaevola, cum testator mortuus esset post complures annos, cujus aetatis mancipia debeantur, utrumne quae facti testamenti tempore intra septem annos fuerunt: an quae mortis tempore intra eam aetatem inveniantur: respondit, eam videri aetatem designatam, quae esset, cum a testatore relinquerentur. Cum enim aetati nullum verbum pro futuro tempore fuisset adjectum, sicut spectatur tempus testamenti quoad ipsa mancipia, nec debentur, nisi ea, quae fuerunt testatoris tempore facti testamenti, ita spectatur quoad aetatem mancipiorum eaque debentur, quae erant intra septem annos tempore facti testamenti.

Imo etsi aliquod verbum, quod ad futurum tempus referri possit, adjiciatur, tamen si substantiae legati verbum praesens adjectum fuerit, inspicitur tempus conditi testamenti, ut in *l. ult.* §. 1. *ff. de leg.* 2. Quidam, qui patrimonium cum fratre commune habebat, fidei filiorum commisit: *propter res universas, quae mihi cum fratre meo communes sunt, quas aestimationis constiterit esse universas duo millium aureorum, uti pro portione vestra mille aureos a patruo vestro accipiatis.* Respondit Scaevola, licet testator quinquennio, quo supervixit, abunde patrimonium auxerit, tamen aestimationem, quae mortis tempore fuit, esse praestandam. Verba illa: *quas aestimationis constiterit esse universas* commode referri possent ad tempus mortis, sed id impediunt verba illa: *communes sunt*; nec verbum *universas* potis est ampliare legatum, quia refertur ad res, quae eo tempore communes erant. 5

Idem est, etiamsi res legata mutata fuerit post testamentum conditum. Singulare exemplum proponit Ulpianus in *l. si quis vinum* 9. §. *item si quis ff. de trit. vin. vel ol. legato*: Ibi *Item si quis vinum, quod habuit, legavit deinde hoc coacuit, licet postea in aceti locum translatum sit a patrefam. vino legato continebitur; quia id, quod testamenti*

facti tempore vinum fuit, demonstratum est; et est hoc verum, nisi voluntas adversetur. Ejusmodi est, quod traditur in *l. ult.* §. *ult. ff. de liberat. leg.* ubi in novum debitum translato veteri debito, nihilominus hoc legato continetur. Id tamen non est intelligendum de mutatione, quae rem legatam transformat in aliam speciem, haec enim mutatio legatum exstinguit. *L. lana* 88. *ff. de leg.* 3. nisi repugnet voluntas testatoris *l. servum* 44. §. *si pocula ff. de leg.* 2. Verumtamen si nova species redigi possit ad priorem materiam, nova species ex legato debebitur *d. l. lana* 88. *in fin.* Ratio redditur a Paulo in *l quaesitum* 78. §. *illud* 4. *ff. de leg.* 3.

7 Illud tamen monendum est, quod sicut testamenti tempus spectandum est, cum legatum in testamento fuit relictum, ita spectandum est tempus codicillorum, si relictum fuerit in Codicillis. Quod adeo verum est, ut etiamsi codicilli fuerint testamento confirmati, tamen non tempus testamenti eos confirmantis, sed codicillorum debeat observari. Traditum id singulariter in *l. quaedam* 7. §. 1. *ff. de jure codicill.* Si ita in codicillis scriptum erit: *vestem, quae mea est* codicillorum tempus spectandum, non quo confirmantur. Item *Si Titius vivus est, vel si tot annis est* codicillis legavit Sejo, tempus codicillorum, non, quo fit testamentum, spectandum. Reddit rationem JC. quia in his, quae sunt facti, non juris codicillorum tempus, non confirmationis attenditur, videnda *l. verbum erit* 123. *ff. de V. S.*

8 Hactenus de regula; nunc de exceptione. Exceptionem hanc proponit JC. in nostra *l. si ita esset* 7. *ff. de aur. et arg. leg. si aliud comprehensum non esset.* Aliud comprehendit testator aliquando expresse, aliquando etiam tacite. Expresse, ut in *l. cum pater* 77. §. *fidei tuae* 12 *ff. de leg.* 2. in *l. penult. in princ. ff. de leg.* 3. in *l.* 2. *ff de aur. et arg. leg. l. testamentum* 65 §. *praediis ff. de leg.* 3. *l. scribit* 34 §. *ult. ff. de aur. et arg. leg.*

Tacite, pluribus modis. Primum, si leget id, quod natura sua diminutionem, et augmentum recipit, veluti, si peculium legetur *l. denique* 8. §. *ult. ff. de pecul. leg.* §. *si pecul.* 20. *inst. tit. de legat.* peculium enim simile est homini, nascitur, crescit, decrescit, moritur *l. peculium* 40 *ff. de pecul.* vel *grex* §. *si grex* 18. *inst. tit. de legat. l. grege legato* 21 *cum seq. ff. de leg.* 1. 9

Secundo, si legaverit fundum, eique postea partem aliquam adjecerit, atque conjunxerit, vel ex fundo legato detraxerit. Cum enim fundi hominum destinatione constituantur, augeantur, minuantur, quoties testator fundum auget videtur voluisse legatum augere, aut diminuere quoties aliquid fundo detrahit. l. *cum fundus* 10. *ff. de leg.* 2. *l. quod in rerum* 24. §. *si quis post cum* §. *seq. ff. de leg.* 1. Itaque debetur fundus, qualis est tempore mortis, sicut evenit etiam in alluvione, et eluvione *d. l. quod in rerum* §. *si quis.* 10

Tertio, si testator partem rei legatae post factum testamentum alienaverit, et legatum alienatione facta minuerit, ut si legaverit ancillam cum suis natis, et postea ancillam alienaverit *l.* 3. *ff. de pecul. leg.* vel si legaverit servum cum vicariis, et postea servum alienaverit *l.* 4. *ff. eod.* §. *si quis ancillas* 17. *inst. tit. de leg.* His enim casibus soli nati, et soli vicarii legato continentur. Item, si quinque libras auri legaverit, et postea libram alienaverit, quatuor tantum debentur. *l. scribit* 34. §. 1. *in fin. ff. de aur. et arg leg.* Verumtamen his casibus ex post. facto, et voluntate testatoris legatum minuitur, ab initio tamen ea continebat, quae legata erant tempore conditi testamenti, hoc est, ancillas, et natos: servum, et vicarios: quinque libras auri. Quocirca si testator non alienaverit animo minuendi legati, debebitur id, quod legato continebatur tem- 11

pore facti testamenti *d. l. scribit* §. 1. Ut autem dignoscatur, utrum animo exstinguendi aut minuendi legati alienaverit, an secus, ea regula tradita est: si alienaverit urgente necessitate, non videtur animum habuisse adimendi, aut, minuendi legati: si vero, libens volens nulla necessitate adstrictus alienaverit, legatum adimere voluisse praesumitur *d. l. scribit* §. 1. *et l. rem legatam* 18. *D. de adim. leg.* Mutatam autem fuisse voluntatem testatoris, eumque alienasse animo adimendi vel minuendi legati, heres probare debet *l. fideicommissa* 11. §. *si rem D. de leg.* 3.

12 Verum de hac alienatione legatum minuente tria sunt admonenda. Primum, quod si res principalis a testatore alienetur, non minuitur legatum, sed exstinguitur, et ne accessiones quidem debentur: veluti, si legaverit servum cum peculio: nam servo alienato, nec peculium quidem debetur *l.* 1. *et* 2. *ff. de pecul. leg. d.* §. *si quis ancillas.* Item, si legaverit fundum instructum, vel fundum cum instrumento, nam fundo alienato nec instrumentum debetur *d.* §. *si quis ancillas in fin.* Alterum: quod in hac causa non comprehendimus inter alienationes, pignus, et hypotecam: haec enim non exstinguunt, nec minuunt legatum quia heres rem legatam luere tenetur, et liberam praestare *l.* 3. *C. de legat.* Tertium, quod re in pristinum statum
14 restituta reviviscit legatum: veluti, si area legata fuerit, et postea domus inaedificata, ac rursus domus corruerit, legatum areae reviviscit *l. si chorus* 79. §. *area ff. de leg.* 3. quod tamen intelligendum est de testatore, qui non augendi legati causa inaedificaverit, sed mutata voluntate. Nam si voluntatem non mutaverit, et area, et domus inaedificata debebitur, et legato continebitur *l. si areae* 39. *ff. de leg.* 2. *l. servum* 44. §. *areae ff. de leg.* 1. quia aedificium solo cedit §. *cum in suo inst. tit. de rer. div.* Idem respondit Celsus in *d. l. si chorus* §. *ult. ff. de leg.* 3. de servo legato, qui postea manumissus est, et rursus servus factus est, eum enim peti posse respondit. Sed Celsi sententiam confutavit Paulus in *l. qui res suas* 98. §. *ult. ff. de solut.* Itaque nostro casu est admittenda. Non in servo, quia alius, ac novus servus est *d. l. qui res* §. *ult.* Non in domo inaedificata, quia aut dominus mutavit voluntatem aut non mutavit. Si non mutavit voluntatem, legatum non exstinguitur *d. l. servum* 44. §. *si areae ff. de leg.* 1. Si mutavit voluntatem, et voluit adimere legatum, illud exstinguitur, quia etiam nuda ac tacita voluntate legatum admittitur, *l. si jure* 28. *ff. de leg.* 3. §. *ult. ff. de adim. leg.* Nec potest redintegrari domo diruta, nisi aut testator ipse eam destruxisset, aut iterum mutasse voluntatem probetur. Nam legatum semel ademptum non nisi nova voluntate potest redintegrari, quemadmodum redintegratur legatum, quod propter graves inimicitias fuit exstinctum si testatorem poenituit prioris offensae, *l.* 3. §. *ult. et l. seq. ff. de adim. leg.* Haec autem similia non sunt. Nam legatum, quod propter inimicitias exstinguitur, sola praesumptione revocatum censetur, cum legata relinquantur ob meritum, *l. nec. adjecit* 9. *ff. pro soc.* quae praesumptio cessat, cum testatorem poenitet prioris offensae, et ideo hic constat de mutata voluntate *d. l.* 4. *in. fin.* Contra qui aedificat in area legata, non praesumitur aedificare animo adimendi legatum *d. l. servum* 43. A si probandum est, eum aedificasse animo adimendi legati *d. l.* multomagis probandum erit, eum destruxisse animo ejus redintegrandi. Idque probatu difficillimum erit. Quis enim tam fatuus sit, ut domum destruat ad legatum redintegrandum, cum id ipsum consequi possit nuda voluntate? *d. l.* 4. *ff. de adim leg.* Quid si domus diruta fuerit ventorum; aut aquarum vi, aut alio casu ceciderit citra testatoris voluntatem?

CAPUT XXVIII.

Ad l. haec conditio 10. ff. de con. et dem.

SUMMARIUM.

I Tria sunt tempora; quibus existere potest conditio adjecta legato vel institutioni.

II Conditio ante factum testamentum impleri non potest, Saepius tamen pro impleta habetur.

III Quandonam sufficiat, conditionem impletam esse ante factum testamentum: quando iterum impleri debeat? et n. IV.

V Inter factum testamentum et mortem testatoris omnes conditiones impleri possunt praeter illas, quae sunt in potestate heredis vel legatarii.

VI Post mortem testatoris omnes et quaecumque conditiones impleri possunt.

VII Temporis spatio ad implendam conditionem a testatore praescripto, illud spectandum est, eoque transacto frustra impletur.

VIII Lex temporis spatium non praescribit ad implendas conditiones, (exceptis promiscuis) et quandocumque impleantur, dispositio effectum habere debet

IX Conditiones promiscuae, cum primum poterit, a legatario implendae sunt.

X In heredis institutione tempus implendae conditionis terminatur heredis morte.

XI Conditionum promiscuarum quaedam deficiunt ultimo vitae haeredis momento, quaedam vero eo mortuo.

1 Alia semper ex alia quaestio suboritur. Non est huic loco importuna quaestio qnaestio de tempore implendae conditionis Tria enim sunt tempora, quibus existere potest conditio adjecta legatis, et institutionibus. Tempus, quod praecedit testamentum. Tempus, quod testamentum subseqnitur, et usque ad mortem legatarii, vel heredis intercedit. Quod tempus ex his spectandum sit, ut conditio recte, et secundum voluntatem testatoris impleatur, in disceptationem cadit. Illud etiam in controversiam venit, an infinitum tempus ad implendam conditionem sit assiguatum, an certis finibus concludatur. Duae igitur hac de re existunt controversiae: altera de tempore, altera de spatio temporis. Primam primo loco pertractemus secundum propositam divisionem temporum, eo ordine servato, quem modo indicavimus.

Quantum attinet ad tempus, quod praecessit testamentum, utique statuendum est, conditionem impleri non possit: saepae numero tamen sufficere eam extitisse, quia pro impleta habetur, ut ait Ulpian. in *l. haec conditio 10. in fin. vers. dicendum D. de cond. et dem.* Etenim testator crnm condidit testamentum, aut sciebat jam evenisse, quod posuit in conditione, aut id ignorabat. Si sciebat, praesumitur voluisse conditionem iterum impleri, ne dicamus eum frustra ac temere conditionem adjecisse: ac propterea non sufficit, eam exstitisse ante testamentum. *l. si jam facta 11. in princ. D. eod.* Si vero id ignorabat, pura est, non conditionalis dispositio, et praesenti die debetur *d. l. si jam facta versic. si vero.* Tunc enim adjectio testatoris aut contrahentium potestatem conditionis obtinet, cum in futurum confertur *l. itaque 36. D. de reb. cred.* Quocirca conditiones in praeteritum, vel praesens tempus collatae, non sunt verae conditiones, nec auspendunt obligationem, etiamsi incertum sit, an exstiterit, necne *l. cum ad praesens 27. cum seq. D. de reb. cred. l. si ita stipulatus 120. in fin. D. de V. O. §. conditiones 6. instit. eod.* Cum igitur haec conditio ignorante testatore jam exstiterit, non facit dispositionem conditionalem, aut saltem pro impleta habetur, cum non possit praesumi, testatorem voluisse eam iterum impleri, atque existere, quoniam ignorabat eam exstitisse, sed potius praesumendum est, eum non fuisse adjecturum, si scivisset, eam jam exstistisse *d. l. conditiones 10. in fin.*

Verumtamen quia saepe numero acci- 3
dit, ut conditio sit ejusmodi, ut iterum impleri non possit, aut ut impleta sit eo modo, quo voluit eam impleri testator, statuenda est regula, qua definiatur, quandonam sufficiat eam exstitisse ante factum testamentum; et quando exspectandum sit, ut iterum existat. Regulam autem hujusmodi constituimus. Quoties conditio exstitit eo plane modo, quo eam voluit existere testator, valet legatum, et institutio, etiamsi exstiterit

ante testamentum. Id evenit, aut cum conditio amplius existere non potest, cum nequeat iterari: aut cum testator ignoravit. eam jam exstitisse. Exemplis rem explico. Testator Titio legavit, cum pubes erit. Ad pubertatem facti testamenti tempore jam pervenerat. Haec conditio iterum existere non potest: et exstitit eo modo, quo voluit testator: nihil enim aliud voluit, quam ne consequeretur legatum ante pubertatem: idcirco legatum statim debetur, quia ipsum consequitur post pubertatem, quemadmodum voluit testator *l. haec conditio* 10. §. *ult. vers. etsi cui ff. de cond. et dem.* Rursus testator legavit Gajo Sejo in honorem consulatus quadringenta. Vivo testatore Sejus consul designatus est, et munus edidit, deinde ex calendis Januarii consulatum ingressus est, postea testator decessit. Respondit Marcellus quadringenta Sejo deberi in *l. Publius Maevius* 36. *ff. eod.* Non distinguit hic Marcellus ante, an post testamentum consul fuerit designatus, quia etsi ante fuerit designatus, tamen quadringenta debentur. Sicut non distinguit Justinianus in *l. si quis* 6. *C. de instit. et subst.* et comparat conditioni: *Si nupta fuerit.* Haec enim conditio, licet iterum impleri possit, tamen hoc difficile admodum est, et raro eveniebat: Itaque non potest praesumi, testatorem de secundo consulatu cogitasse: sed quadringenta ei reliquisse in honorem ejus consulatus, quem postmodum erat ingressurus, voluit enim honorare consulatum et dignitatem, quam gerebat, vel postmodo gesturus erat: argumento *l.* 4. *cum duabus seqq. ff. de legib.* facit ad rem textus in *l. cum heres* 4. §. 1. *ff. de statu lib.* Ibi: *quia nec animus dandae libertatis est.*

4 Quod si testator ignoravit conditionem exstitisse, sufficit eam exstitisse etiam ante testamentum, nisi conditio ejusmodi sit, quae posita sit in potestate legatarii, aut heredis, qui eam implere debet. Finge, testator legavit centum, si navis ex Asia venerit, quae eo ignorante jam ex Asia venerit: pro impleta habetur conditio, et legatum, vel institutio pura est, *l. haec conditio* 10. §. 1. *ff. de cond. et dem.* Item legavit mulieri centum, cum nupserit: mulier jam nupta est. Si scivit hoc testator, alterum matrimonium erit exspectandum: ac nihil intererit, utrum vivo testatore, an post mortem iterum nubat *l. si ita legatum* 68. *ff. de cond. et dem.* Sed hoc, siquidem testator scivit nuptias jam esse contractas. Caeterum si id ignorabat, statim legatum debebitur, quia de primis nuptiis conditio est intelligenda *l. boves* 70. §. 1. *ff. de V. S.* et ideo in *d. l. si ita legatum* JC. requirit, ut sciverit nuptias esse contractas, aliter responsurus, si ignorasset. Quamvis enim hi actus iterari possint, et rursus navis ex Asia venire possit, et iterum nuptiae contrahi, tamen credendum est testatorem de primo adventu, et de primis nuptiis sensisse *d. l. boves:* quod praesumi non potest, cum sciebat evenisse id, quod posuit in conditione, *l. si jam facta in princ.* et *l. solemus* 9. *ff. de cond. et dem.* tunc enim frustra conditionem illam adjiceret, quam sciebat exstitisse, *l. si quando* 109. *in princ. ff. de leg.* 1. *l. si per alium* 5. §. *docere ff. ne quis eum, qui in jus voc.*

Succedit jam tempus, quod intercedit inter factum testamentum et mortem testatoris. Hoc tempore impleri possunt conditiones omnes, exceptis tantummodo illis, quae positae sunt in plena potestate ejus, qui lucrum exspectat impleta conditione. Recte Paulus in *l. si jam facta* 11. §. 1. *ff. de cond. et dem.* distinguit inter conditiones promiscuas et non promiscuas. Promiscuum dicitur, quod passim, et omnibus fieri potest, et communiter usurpatur. Cicero *pro Fontejo. Unum est enim, et simplex aurium judicium, et promiscue, et communiter stultis, ac sapientibus a natura datum,* Plin. *lib.* 5. *cap.* 1. *in fin. de populis Africae, qui Canarii* 5

appellabantur. Quippe victum ejus animalis promiscuum his esse. Livius *lib.* 1. *eodemque jure promiscue omnibus datum est.* Cic *in* 2. *agrar. promiscue toto: quam proprie parva frui parte malletis.* Itaque eleganter Paulus promiscuas conditiones vocat, quae pendent a nostro arbitrio, et in nostra potestate sunt, et ab omnibus passim, et facile possunt impleri. His igitur exceptis, aliae omnes non promiscuae, quas interpretes nostri dividunt in casuales, et mixtas, impleri possunt et existere etiam vivo testatore. Exempla proponuntur in conditione: Si navis ex Asia venerit in *l.* 2. *in princ. D. de cond. et dem.* Si Titius consul factus fuerit: in *l. si jam facta* 11. *in fin. D. eod.* in *l. si quis heredem* 6. *C. de instit. et subst.* Si nupserit *l. haec conditio* 10. *in princ. D. eod l. si ita legatum* 68. *D. eod.* in honorem consulatus *l. Publius* 36. *D. eod.*

6 Quoad postremum tempus, nempe post mortem testatoris, quaecumque conditio, cujusque modi sit, impleri potest: ea existente statim debetur, quod in testamento relictum fuit. Illud singulare est in conditionibus, quae sunt in potestate, hoc est, in conditionibus promiscuis, ut licet non promiscuae, possint impleri etiam vivo testatore: hae tamen omnino implendae sint post mortem *d. l. si jam facta* 11. §. 1. *eod. et l.* 2. *D. eod.* Imo non sufficit, eas impleri post mortem, nisi impleantur a sciente, conditionem insertam fuisse, eoque animo ut pareatur voluntati testatoris: nam si fato, casuque aut alio animo quis fecerit, quod positum erat in conditione, non videtur obtemperasse voluntati testatoris, adeoque nec implevisse conditionem *d. l.* 2. *D. de cond. et dem.* Quid ita? quia cum testator onus implendae conditionis imponit, non potest consequi, quod ei relictum est, nisi voluntati testatoris obtemperet, nec obtemperat, qui non se conformat ad voluntatem testatoris: neque se ad ejus voluntatem conformat, qui casu, et aliud agendo facit id, quod jussit testator, sine voluntate exequendi ejus jussum. Finge, legatus est Titio fundus, si in Capitolium ascenderit. Titius Capitolium ascendit, vel pietatis ergo, vel ut amicum invisat, sine voluntate obtemperandi testatori, et ascensu illo legatum consequendi. Finge iterum, Sejo legata est domus, si Sempronio decem dederit. Sejus decem dat Sempronio, ut liberetur ab obligatione, quia ei decem debet, non ut voluntatem testatoris exequatur, et domum consequatur. Neuter obtemperat voluntati testatoris, neuter implet conditionem *d. l.* 2. *in fin. ff. de cond. et dem.*

7 Jam tandem de spatio temporis ad implendam conditionem praescripto disseramus. Tempus implendae conditioni praescribit aut testator, aut lex. Si testator tempus praescripserit, illud spectandum, eoque transacto, frustra impletur conditio, *l. Thais* 41. §. *intra* 12. *ff. de fideicom. libert. l. si intra* 23. *D. de statulib.* Si intra quinquennium rationes reddiderit: si intra quinquennium decem dederit, liber esto. Si post transactum quinquennium paratus sit rationes reddere, vel decem dare, nihilominus liber non erit *d. l. Thais* et *d. l. si intra.* Veruntamen si per eum non steterit, quominus intra quinquennium aut rationes redderet, aut decem daret, id ei non nocebit, quominus libertatem consequi possit post quinquennium implendo conditionem *d. l. Thais* §. *intra:* imo si heres non patitur, eum implere conditionem, liber erit perinde ac si conditioni paruisset *d. l. si intra* §. 1. *D. de statulib.* Quotiescumque enim per heredem stat, quominus conditio impleatur, pro impleta habetur *l. si peculium* 20. §. *is cui D. de statulib.* In legato autem libertatis etiamsi per heredem non steterit, sed per alium; dummodo non steterit per ipsum servum, conditio semper pro impleta habetur *l. cum ita datur* 94. *in princ. D. de cond. et demonst. l. si peculium* 20. §. *is cui versic.*

adeo D. de §. statulib. l. ult. C. de condit. insert. Multo secus est in aliis legatis, in his enim non sufficit per eum, qui debebat implere conditionem, non stetisse, quominus eam impleret, ut habeatur pro impleta. Tunc enim solummodo pro impleta habetur, cum aut per eum stetit, qui impleta conditione legatum debiturus erat *l. in jure* 161. *D. de reg. jur.* repetita in *l. Julius* 81. *in fin. D. de cond. et dem.* aut si steterit per eum, in cujus personam erat collata conditio *l.* 3. *et l. mulier* 20. *in princ. D. de cond. instit. l. Titius* 14. *D. de cond. et demonstr. l.* 1. *C. de instit. et subst.* Si vero casu fiat, ut implere non possit, pro impleta non habetur, sed defecit conditio, ut *l. in testamento* 31. *in princ. D. de cond. et dem.* in *l. legatum C. de cond. insert. l. cum ita datur* 94. *vers. diversa l. penult.* §. *item si D. de cond. et dem. l. si peculium* 20. §. *is cui vers. adeo D. de statulib.* etiamsi legatum fuerit ipsi servo manumisso *d. l. si peculium* §. *is cui.*

8 Lex spatium temporis ad implendam conditionem non praescribit in omnibus conditionibus, sed solum in conditionibus promiscuis. In reliquis conditionibus nullum spatium temporis est praefinitum: ac propterea quandocumque extiterit conditio, vim, et effectum habebit dispositio: et quidem in contractibus, etiamsi extiterit post mortem creditoris, quia creditor moriens, eam spem, quam habet, in heredem transmittit. §. *sub conditione* 4. *in fin. instit. de V. O.* aut post mortem debitoris, quia heredem relinquit obligatum, *l. si quis* 57. *D. de V. O.* In legatis autem tempus non protenditur, nisi usque ad mortem legatarii: nam si legatarius ante eventum conditionis moriatur, nihil ad heredem suum transmittit, et legatum extinguitur morte legatarii *l. legata* 41. *D. de cond. et dem. l. is cui* 42. *D. de obl. et act. l.* 4. *et seq. D quand. di leg. ced.* Cur autem nullum certum temporis spatium in hoc genere conditionis a lege praescribatur, non est obscurum. Etenim cum ille, qui disposuit voluerit ab incerto casu pendere dispositionem, qui tardius, et ocius potest evenire: utique voluit obtinere dispositionem suam, quandocumque id evenerit, quod posuit in conditione. Est enim multo incertius, quando aliquid sit eventurum, quam an sit eventurum. Quamobrem si lex tempus huic conditioni praestitueret, faceret contra voluntatem disponentis, qui in casum contulit dispositionem, cujus et eventus, et tempus est incertum. Et quamvis in legatis conditionis eventus legatarii morte circumscribatur; tamen id a lege fuit constitutum, ut voluntati testatoris obsecundaret, qui cogitationem suam dirigit ad personam legatarii, non ejus heredum; cum legatum relinquat ob meritum legatarii *l. nec adjecit* 9. *in fin. ff pro soc.* non ejus heredum, quos neque novit, neque scire potest, qui futuri sint, et possunt esse etiam ejus inimici. Id autem secus est in contractibus, in quibus contrahentes et sibi, et heredibus suis consulere voluisse censentur, cum in eorum arbitrio sit heredes quoscumque voluerint eligere *l. tale pactum* §. *ult ff. de pact. l. si pactum* 9. *ff. de probat.*

In conditionibus vero promiscuis Lex tempus quidem praestituit, non tamen in omni dispositione, sed solum in legatis. In his quoque non certum diem restricte praefinivit, sed statuit, ut cum primum poterit legatarius impleat conditionem *l. haec conditio* 29. *ff. de cond. et dem. Haec conditio si in Capitolium ascenderit, sic recipienda est, si cum primum potuerit Capitolium ascendere.* Et hoc quidem ex voluntate testatoris, qui censetur voluisse, quam citissime, siquidem id potuerit fieri, suae voluntati obtemperari, ne legatarius tergiversando, et sine causa procrastinando videatur legatum parvipendere, et contemnere beneficium testatoris. 9

In heredis institutione contrarium est constitutum: nam tempus implendae con- 10

ditionis heredis morte terminatur, et quamdiu vivit potest implere conditionem, quae solummodo ejus morte deficit *l. 4. in fin. cum l. seq. ff. de hered. instit. l. ult. ff. de cond. instit.* Atque hoc non solum in institutione sui heredis obtinet, ut quidam existimarunt, sed etiam in extranei institutione *l. ult versic. argumentoque est ff. de condit. instit.* Cum heredibus enim lex multo benignius agit, quam cum legatariis, quia hereditas potest esse damnosa, legatum non item *l. si hereditatem* 32. *ff. mand. l. ult. C. de hered act.* Veruntamen si heres conditionem trahat urgentibus creditoribus, tempus, quod a lege non praescribitur, a Praetore praefinitur, intra quod, si conditionem non impleverit, hereditas vacet, quasi defecta conditione *l. si quis instituatur* 23. §. 1. *ff. de hered. instit.*

1 Illud in his conditionibus est animadvertendum, quod quaedam deficiunt ultimo vitae momento, si a vivente herede non fuerint impletae, quaedam deficiunt et mortuo. Si conditio non possit impleri ultimo vitae momento, veluti: *si Alexandriam ierit*, tunc deficit conditio: quia constat amplius impleri non posse, cum non possit Alexandriam ire qui agit animam. Secus est, si possit impleri, veluti: *si decem dederit.* Haec enim conditio nomine heredis per alium impleri potest etiam eo momento, quo heres moritur: atque adeo deficit herede mortuo. Quocirca si quis ita heredem instituerit: si in Capitolium ascenderit, heres esto; si non ascenderit, fundum ei lego. Heres si moriatur, antequam in Capitolium ascendat, legatum acquirit, et ad suum heredem transmittit: quia conditio deficit eo vivente, et existit conditio legati: quia ultimo vitae momento constat, eum amplius ascendere non posse: adeoque eo vivente cessit legati dies *l. 5. §. sed si 2. l. hujusmodi ff. qu. di. leg. ced.* Item si filius hac conditione fuerit institutus, et conditionem non impleverit, ultimo vitae momento fit heres ab intestato, cum defecerit conditio institutionis, vel succedit substitutus, ai eum habeat. Contra in alia specie conditionis: cum ea deficiat filio mortuo, filius neque ex testamento, neque ab intestato heres est: non ex testamento, quia deficit conditio: non ab intestato, quia cum defertur hereditas ab intestato, jam mortuus est.; itaque ad substitutum, vel coheredem, vel ad agnatos defertur. Haec in *l. ult. ff. de cond. instit.* in *l. filius ff. de lib. et posth.*

CAPUT XXIX.

Ad L. filius 28. ff. de liberis et posthumis.

SUMMARIUM.

I Filius sub conditione casuali institutus, et sub contraria exheredatus, ea pendente decedens, ab intestato patri heres existit.
II Sub ea conditione institutus, quae ultimo ejus vitae momento impleri posset, ea pendente decedens, ab intestato patri non succedit.
III Confutatur Bartholomaeus Ches. interp. jur. lib. 2. cap. 9 Eodem momento, quo moritur testator, vel existit conditio, defertur hereditas et acquiritur filio.
IV Idem est in extraneis, licet differat tempus adquisitionis.
V Explicatur L. eadem 51. ff. de her. instit.
VI Explicatur L. si Titius 16 ff. de cond. instit.
VII Explicatur textus noster, et n. VIII. IX. X.
VIII Conditio potestativa, quae ultimo vitae momento impleri potest, non deficit, nisi post mortem ejus qui implere debet.
IX Conditio casualis deficit moriente eo, in quem collata est dispositio, et n. X.
XI Exponitur L. si filius 16. ff. de lib. et posth.

Proponit in hac lege Tryphonius hujusmodi speciem. Pater filium, quem habebat in potestate, heredem instituit sub conditione, quae non erat in ejus potestate, eumque sub contraria conditione exheredavit. Valet utique testamentum *l. jam dubitari* 86. *in princ. D. de hered. inst. l. 4. C. de instit. et substit.* Filius decessit pendente conditione tam institutionis, quam exheredationis: ait JC. quod filius ab intestato patri successit, cum moreretur: quia dum vivit, neque 1

ex testamento heres., neque exheredatus fuit. Recte: praeteritus enim videtur filius, quia eo vivente, nec exheredatio valuit, nec institutio. Non exheredatio, quia conditio exheredationis non existit vivente filio. Nec potest filius post mortem suam exheredari *l. si ita scriptum* 13. §. *ult. D. de liber. et posth.* Non institutio: quia similiter vivente filio non exstitit conditio adjecta institutioni: ac si ea defecerit, et institutio et exheredatio pariter corruit, cum non possit valere exheredatio, non adita hereditate ex testamento *l. filium quem* 20. *in princ. D. de bonor. pos. contr. tabulas.* Nec potest filius ante aditam hereditatem exheredari, vel post eam aditam *l.* 3. §. 2. *vers. quemadmodum et l.* 9. §. 2. *D. de lib. et posthum.*

2 Sed contrarium respondendum videbatur, quia cum conditio non sit implenda ab ipso filio, potest existere ultimo vitae momento: atqui quoties conditio ultimo vitae momento impleri potest, filius non succedit, quia post ejus mortem destituitur testamentum *l. ult. in fin. D de condit. instit. l. si ejusmodi* 5. *in fin. D. de hered. instit.* ut in superioribus exposuimus luculentissime.

3 Castrens. in *l. si filius* 16. *in fin. D. de lib. et posth.* putat id fuisse constitutum favore filii, qui favor cessat in conditione potestativa, quia culpae filii adscribi potest, quod conditionem non impleverit. Eodem videtur inclinare doctissimi Cujacii sententia in *d. l. filius a patre D. de liber. et posthum.* Hunc immerito suggillat Bartholom. Chesius *lib.* 2. *interpr. cap.* 9. Castrensem vero confutat, et jure quidem ac recte: ipse tamen non multo meliorem affert conciliationem. Nam quod ait prius existere conditionem, et postea deferri hereditatem adeoque licat conditio existat ultimo vitae momento, tamen eodem momento non defertur filio hereditas, sed momento consequenti, scilicet post mortem filii, hoc aperte falsum est. Etenim si hoc vere dici posset, non succederet ab intestato filius institutus etiam sub conditione, quae non potest impleri ultimo vitae momento, nam haec quoque per mortem deficit *d. l. ult. D. de cond. inst.* Ibi: *respondit Servius conditionem morte defecisse.* Ergo si hereditas eodem momento, quo destituitur testamentum, non deferretur, sed momento subsequenti, videlicet post mortem, non posset filius patris heres esse, mortuo enim neque deferri, neque acquiri potest hereditas. Igitur si id concedimus, et illud concedamus oportet, falsum asse, quod a Papiniano et Marcello traditum est in laudata *l. ult.*, *et l.* 5. Apage vero. Illud etiam falsum erit, quod in eos continuetur dominium: quod statim ipso jure heredes fiant: quemadmodum traditum est in *l. in suis ff. de lib et post.* in *l. in suis ff. de suis et legit.* Illud certo certius est, in unum idemque tempus concurrere mortem, seu conditionis eventum; delationem hereditatis, et ejus acquisitionem in suis heredibus eodemque momento haec omnia perfici legis potestate.

Imo etiam in extraneis, licet tempus acquisitionis differat a tempore delationis, quia non acquirunt hereditatem, nisi cum eam adeunt §. *in extraneis inst. tit. de hered qual. et differ.* tamen tempus delationis non differt a tempore mortis; seu conditionis existentis. Nam cum omnis hereditas, sive ab intestato, sive ex testamento nobis a lege deferatur *l. lege obvenire* 130. *ff. de V. S.* Lex operatur in instanti, nec indiget ullo tempore ad operandum. Maximo est argumento, quod si legetur alicui *cum morietur*, moriens legatum acquirit, et ad heredes transmittit *l. heres meus* 78 *ff. de cond. et demonst. l.* 4. §. 1. *ff. qu di. leg. ced.* Idemque constitutum est de hereditate *l. extraneum C. de hered. instit.* Certe neque hereditas heredi defertur, neque legatum legatario, nisi cum moritur, hoc, est, ultimo vitae momento: eodem igitur momento ei et defertur legatum, et acquiritur. Imo etsi legatum sit sub conditione potestativa; 4

quae existat ultimo vitae momento, defertur legatario legatum illo ipso momento, eodemque cedit dies legati *l. ult. versic. argumentoque est ff. de condit. instit.* Fiunt enim haec omia ministerio legis, quae momento perficit, quodcumque voluerit.

5 Neque contrarium probant duae leges, quas affert vir doctus ac peracutus. In illis enim continetur conditio, quae existere non potest, quia circuitu in semetipsum recurrente implicat ipsa sese, et errore plane inexplicabili semper in seipsam revolvitur, ideoque a nostris perplexa dicitur, a Graecis autem ἀσύστατον. In *l. talem* 51. *in princ. D. de her. inst.* dixit testator: *Stichus liber esto: et si liber erit, heres esto.* Haec conditio inexplicabilis est, et, nisi detrahatur, reddit inutilem institutionem. Nam Stichus non potest esse liber, nisi prius sit heres, quoniam dies libertatis cedit ab adita hereditate, *l. nam cum libertas* 8. *D. quan. di. leg. ced.* Nec potest esse heres, nisi prius sit liber. Itaque et libertas hereditatem, et hereditas libertatem praecedere debet; quod est impossibile. Favore tamen libertatis Divus Marcus rescripsit detrahendam conditionem, perinde ac si non esset adjectum: *si liber erit*, Potest autem retorqueri argumentum. Valet institutio ejusmodi: *Stichus liber et heres esto*: *d. l. talem in princ. et in* §. 1. et passim alibi. Atqui non potest esse liber, nisi sit heres *d. l. nam cum libertas* 8. *D. qu. di. leg. cedat*, nec potest esse heres, nisi sit liber: ideoque olim non valebat institutio, si sine libertate fuisset institutus, Ulpian. *tit.* 22. §. 13. Justin. in §. 2. *inst. tit. quib. ex caus. manum.* Quamobrem videretur dicendum, inutilem esse institutionem: sed non est inutilis, quia eodem momento, quo dominus moritur, et defertur ei hereditas, et fit liber, et fit heres, cum sit necessarius §. 1. *instit. tit. de hered. qual. et differ.* Idcirco autem in superiori specie non poterat esse simul heres et liber, quia institutio suspendebatur conditione *si liber erit*, quae conditio implenda erat, eaque non impleta, heres esse non poterat: at conditio impleri non poterat, quia non potest esse liber, nisi sit heres *d. l.* 8. *D. qu. di. leg. ced.* Quamobrem necessarium fuit rescriptum D. Marci, quo conditio detraheretur. Ea autem detracta illico defertur servo hereditas, eodemque momento acquirit et hereditatem et libertatem.

Eadem plane ratio est *l. si Titius* 19. 6
D. de cond. instit. eaque traditur in eadem lege, ibi: *cum conditio existere non possit.* Quod enim sub conditione datum est, deberi non potest, nisi existat conditio: et dum pendet conditio, ad nos id pertinet *l. si ita scriptum* 45. §. 1. *ff. de legat.* 2. *l. legata* 41. *ff. de cond. et demonst. l. multum interest* 21. *ff. eod.* In *l. si Titius* 16. *D. de cond. inst.* proponitur hujusmodi institutio. *Si Titius heres erit, Sejus heres esto: si Sejus heres erit, Titius heres esto.* Uterque sub conditione est institutus, sed neutra potest existere, quia altera alteram implicat et impedit: ita ut se expedire et explicare non possint. Etenim Titius non potest heres esse, nisi cum fuerit heres Sejus: at Sejus heres esse non potest, nisi cum fuerit heres Titius: neuter igitur heres esse potest, ac neutri defertur hereditas. Igitur quod institutio sit inutilis, non eo fit, quod non deferatur, hereditas eodem momento, quo impletur conditio, sed quia neutri defertur hereditas, ac ne deferri quidem potest, cum conditio impleri nunquam possit, non quia ipsa per se sit impossibilis, sed quia futurum est, ut perpetuo pendeat, nec unquam impleatur. Nam, ut Sejus heres fiat, exspectare debet aditionem Titii. Titius autem adire non potest, quia debet exspectare aditionem Seji, qui adire non potest *l. servus alienus* 3. § *si quis ff. de hered. inst.* Illud hic notandum, quod licet eventus conditionis praecedere debeat delationem hereditatis vel legati, tamen prior non est tempore, quia eo-

dem momento, quo existit conditio, defertur hereditas vel legatum. Praecedit igitur solummodo natura, seu causa, quia nen defertur hereditas, nisi conditio existat. Optime Pomponius de hujusmodi conditione ait in *l. hujusmodi* 13. *ff. qu. di. leg. ced. quoniam causa, ex qua debeatur, praecedere semper debet:* quae lex ad probandam Chesii sententiam est multo accomodatior, quam duae superiores, quas allegavit. Sed observandum, quod praecedere debet ratione causae, non ratione temporis. Recte Cic. *de Fato. omnia, quae fiunt, causis fiunt antegressis.* Antegrediuntur autem saepenumero etiam tempore: aliquando tamen solummodo tamquam causae. Quemadmodum sol praecedit lucem, ignis calorem, non quidem tempore, quia dato sole, atque igne statim datur lux; et calor, sed praecedunt tamquam causae, ille lucis, hic caloris. Praecedunt natura, non tempore. Lex igitur suspendit delationem hereditatis, quamdiu pendet conditio: ea autem existente, confestim defert hereditatem: neque enim eget tempore ad peragendum, quod vult.

7 His expositis, ad explicandam nostram legem aggrediamur. Recte respondit in ea JC. quod si filius decesserit pendente conditione tam institutionis, quam exheredationis; dum vivit, neque ex testamento heres, neque exheredatus fuit. Pendente conditione, ut diximus, actus non perficitur, sed manet in suspenso, nec ullum habet effectum. Itaque cum mortuus sit, utraque conditione pendente, neque institutio, neque exheredatio habuit effectum: eapropter perinde est, ac si praeteritus fuisset. Proinde cum neque ipsi proficere institutio, neque obesse potuerit exheredatio, et utraque fuerit inutilis, inutile est etiam testamentum, in quo praeteritus fuit *l. inter caetera* 30. *ff. de liber. et posth.* quemadmodum, si institutus fuisset *l. filius* 15. *ff. de condit. inst.* At enim potuit existere conditio institutionis ultimo vitae momento, qua existente valuisset testamentum, atque ex eo filius heres fuisset. Potuisset quidem existere: sed vere neutra exstitit conditio, adeoque fit irritum testamentum, in quo filius neque institutus, neque exheredatus reperitur *d. l. inter caetera ff. eod.* Hoc amplius animadvertendum, quod in ea l. proponitur filius solus heres institutus, ut apparet ex verbis subsequentibus *herede autem etc.* quibus alia species proponitur filii, cui datus est coheres. Filius autem ex asse institutus necessario heres esse debet, sive existat, sive non existat conditio. Nam si exstiterit conditio institutionis, erit heres ex testamento, si deficiat, atque adeo existat conditio exheredationis, erit heres ab intestato, neque enim valere potest testamentum, deficiente institutione *l. penult. vers. non potest ff. de his, quae in testam. del. non potest testamentum valere, quod heredem non habet*, §. *ante heredis* 34. *instit. tit. de legat. l. quod per manus* 10. *et l. ult. ff. de jure codicill.* Nec valere potest ipsa exheredatio si heres institutus hereditatem non adiverit. Quoties autem certum est, filium futurum heredem, cum moritur, fit heres ab intestato *l. filius* 16. *ff. de lib. et posth. l. ventre praeterito* 84. *in fin. D. de acquir. vel. omit. hered.* quia iniquum est, eum heredi suo relinquere nihil *d. l. ventre* 84.

At enim, inquiunt, quando conditio impleri potest ultimo vitae momento, exspectanda est mors filii, quamdiu enim vivit, non deficit conditio, cum quolibet momento possit impleri. Quocirca non deficit, nisi per mortem, et nonnisi mortuo filio testamentum destituitur: propterea filius neque potest esse heres ex testamento, quod est destitutum deficiente conditione: neque ab intestato, cum testamentum fiat irritum, cum filius non vivit *l. ult. in fin. ff. de cond. inst. l. si ejusmodi* 5. *in fin. ff. de hered. inst.* Ergo cum haec quoque conditio 8

possit existere ultimo vitae momento, filius neque ex testamento heres esse potest, neque ab intestato.

9 Porro haec verissime dicuntur de conditione, quae est in potestate filii: de ea, quae pendet a casu, non item. Valde differunt inter se haec duo genera conditionum. Sub conditione, quae in ejus potestate est, filius recte instituitur, quia a patre non excluditur ab hereditate, imo pater in ejus arbitrio ponit, an velit heres esse, eumque liberat ab ea necessitate, quam ipsi lex imposuit, ut velit, nolit, heres esse debeat §. *sui autem inst. tit. de hered. qual. et differ.* si paret conditioni, illico fit heres necessarius *l.* 5. *in princ. ff. de cond. et dem.* adeo ut amittat etiam beneficium abstinendi, quia sponte se subjecit oneribus hereditariis, a quibus fuerat a patre liberatus adjecta conditione *l. jam dubitari* 86. *in fin. ff. hered inst.* Et potest parere, etiamsi pupillus sit, sine tutoris auctoritate, ea ratione, quam Paulus tradidit in *l.* 5. *ff. de cond. et dem.* Habet igitur filius plenum arbitrium, velit, an nolit heres esse. Si vult heres esse, impleat conditionem: si non vult, non impleat. Lex autem, ne restingeret hanc facultatem, ne diem quidem praefinivit filio conditionis implendae: sed totum vitae tempus ei concessit. Pendet igitur hereditas, quamdiu a filio potest autem impleri conditio, potest autem impleri toto vitae tempore. Quocirca si ejusmodi conditio sit, ut etiam ultimo vitae momento possit impleri, etiam ultimo vitae momento pendet suspensa hereditas: proinde nonnisi mortuo filio constat, eum heredem esse noluisse: et tunc destituitur testamentum si solus fuerit institutus, nec ei datus coheres, aut substitutus. Etenim si habeat coheredem aut substitutum, ipsi succedent, quia filius non parendo conditioni, non facit patrem intestatum *l. suus* 4. *in princ. et* in §. *ult. ff. de hered. inst. l ult. in fin. ff. de cond. inst.* Pater igitur, adjecta conditione, quae est in filii potestate, neque ipsum excludit ab hereditate, neque omnimodo vult eum heredem esse, sed tantummodo si filius ipse voluerit: filius autem non implendo conditionem, aperte declarat se nolle heredem esse.

Longe aliter se res habet, cum pater filium solum heredem instituit sub conditione, quae pendet a casu, eumdemque sub contraria conditione exheredat. 10
Neque enim ponit in arbitrio filii, velit, necne heres esse: sed in casum differt tam institutionem, quam exheredationem, Licet voluerit utramque a casu pendere; voluit tamen, utrumvis evenisset, filium heredem esse. Pendet igitur ab incerto eventu, non an filius futurus sit heres, sed solum utrum ex testamento futurus sit, an ab intestato: omnimodo enim esse debet heres; ut paulo ante ostendimus. Iniquum igitur esset exspectare eventum alterutrius conditionis post mortem filii, ut filius contra voluntatem patris excluderetur a successione tam intestata, quam testamentaria, et nihil relinqueret heredibus suis *l. ventre* 84. *in ff. de acquir. hered.* non solum fraudare voluntatem patris, sed etiam filii, qui, cum non sit in ejus potestate conditionem implere, etiamsi maxime velit heres esse, tamen heres fieri non potest, cum conditionis eventus a casu pendeat, non autem ab ipsius voluntate superiore specie omnia concurrunt, quibus efficitur ut filius sit privandus hereditate, si vivens non pareat conditioni. Voluntas testatoris qui cum adjecerit conditionem, quae ultimo etiam vitae momento, supremoque vitae spiritu potest impleri, utique voluit totum vitae tempus filio concedere ad implendam conditionem, eamque solum deficere post mortem filii, cum parere amplius conditioni non potest. Voluntas filii; qui cum vivens parere conditioni neglexerit, facto ipso declaravit se nolle heredem esse. Dispositio legis; quae statuit conditionem, quae est in potestate, non ante deficere, quam cum non potest amplius impleri: quod eve-

nit mortuo herede, si novissimo vitae tempore potuit impleri *l. suus.* 4. §. *ult. et l. si ejusmodi* 5. *ff. de hered. inst. l. ult. in fin. ff. de condit. inst.* Hoc enim exigit natura ipsius conditionis, quae cum posita sit in potestate heredis, non potest deficere, nisi cum heres, aut declaraverit, se nolle eam implere, aut non potuerit implere. Ideo si facilis sit conditio, et heres malitiose trahat conditionem, tempus ei a Praetore praefinitur *l. si quis* 23. §. 1. *ff de hered. instit.* quia ex natura conditionis, et ex legia dispositione infinitum tempus habet ad parendum conditioni. Contra in nostra specie omnia concurrunt, qui dicere debeamus, deficere conditionem filio moriente. Voluntas patris; qui voluit filium, vel ex testamento, vel ab intestato succedere, ut probavimus; non succederet autem conditione post mortem deficiente vel existente. Voluntas filii, qui praesumitur velle paternam hereditatem ad se pertinere. Natura ipsa conditionis; quae a casu pendet, non a voluntate filii. Qua de re illud etiam operae pretium est animadvertere, quod nec institutio filii sub conditione in casum collata valet *l. Lucius Titius* 83 *ff. de cond. et. dem. l. si pater* 4. *C. de instit. et subst. l. ult. in princ. ff. de cond inst.* nec exheredatio sub conditione fieri potest *l.* 3. §. 1. *ff. de liber. et posth.* Item neque institutio post mortem filii fieri potest, cum amplius acquirere non potest hereditatem; nec exheredatio *l. si ita scriptum* 13. §. *ult. ff. de liber. et posth. l. suus* 4. *ff de hered. instit.* His consequens est, filium viventem neque institutum, neque exheredatum fuisse, et comparandum filio instituto sub conditione, quae ultimo vitae momento impleri non potest. Nam in nostra specie utraque valet, quia reciprocantur invicem propter adjectionem conditionis; sed ea non existente cum filius vivit, sequitur, eum, dum vivit, neque ex testamento heredem neque exheredatum fuisse, nostra *l. si filius* 28.

His, quae hactenus diximus, perspicue refellitur etiam argumentum, quod ducitur ex *l. si filius* 16. *de liber. et posth.* nam et in specie ibi proposita solus filius erat institutus atque adeo certum erat, neminem ex eo testamento heredem fore *d. l. in fin.* et ideo iniquum erat, filium ab hereditate excludere *d. l. ventre* 84 contra voluntatem patris, qui eum heredem instituit, et posthumum vel errore, vel incogitantia praeteriit: contra voluntatem filii, qui repellitur fortuito, quia in ejus potestate non est efficere, ut nascatur, vel non nascatur posthumus; utrumvis autem accidisset, heres futurus erat. Itaque ei non obstat, quod potuerit nasci ultimo vitae momento: quoniam si eo momento natus fuisset, ipse patri fuisset heres ab intestato, et eodem modo ei successisset. 11

CAPUT XXX.

Ad L. qui duos 18. §. 1. *ff. de man. test.*

SUMMARIUM.

I Ultimum instans an computaretur in vita hominis, Philosophi dubitabant.
II Jurisconsulti illud vitae tribuendum esse non dubitaverunt.
III Expenditur L. ventre praeterito 84. ff. de acquir. vel om. her. et n. IV. V. VI.
VII Bonorum possessio per alium agnosci potest.
VIII Et ut acquiratur, opus est facto acquirere debentis.
IX Expenditur L. ult. ff. de cond. inst.

1

Haec conditio: *cum moriar, liber esto:* vitae tempus complectitur. Haec est certa et constans veterum Jurisconsultorum sententia. De hoc tamen ambigebant Philosophi, quorum *alii moriendi verbum atque momentum, manente adhuc vita dici atque fieri putaverunt alii, nihil in eo tempore vitae reliquerunt: totumque illud, quod mori dicitur, morti vindicaverunt.* Ita Gellius *lib.* 6. *c.* 13. Subdit autem: *sed Plato noster neque vitae id tempus, neque mor-*

ti dedit. Prodicus quoque apud Platonem, ut in Axiocho refertur, mortem ajebat neque cum viventibus esse, neque cum mortuis. Non cum illis, aut circa illos, quia vivunt; non cum his, quia amplius non sunt. Brevius. Cicero *in prima Tusculana*, quia ab hoc dialogo pleraque sumpsit, quoque facile inducor, ut credam eum Platonis esse. *Cum mors nec ad vivos pertineat, nec ad mortuos; alteri nulli sunt: alteros non attingit.* Fusius, Sext. Empiricus *Pyrrhon. Hypotes. lib. 3. cap. 14 Si mortuus est Socrates, aut cum viveret, mortuus est: aut cum mortuus esset. Cum viveret, mortuus non est: is enim et vivus esset, et mortuus. Sed neque cum mortuus est, mori potuit: quia bis mortuus esset. Sane qui mortuus est, mori non potest.* Pluribus haec prosequitur Sextus, ut rerum omnium scientiam evertat. Non absimili ratione Zeno motum evertere conabatur. Quocirca apud Aulum Gellium in notis *lib.* 6. *cap.* 13. scite Herophilus medicus ad curandum Diodorum, clarum in primis Dialecticum ac Philosophum, luxato humero aegrotantem ita carpsit: *Aut in quo erat loco humerus existens excidit, aut in quo non erat: at neque in quo erat, neque in quo non erat: non ergo excidit.* Sed has verborum tendiculas, ceratinasque et crocodilinas aversantur Jurisconsulti, et pingui Minerva defunctorum voluntates interpretantur, ne per has exquisitas ambiguitates, et acutas captiones illas evertant. Itaque in nostra *l. qui duos* §. 1. Julianus etiam a superiori regula recedit, ne subvertatur dispositio testatoris. *Sed melius est, inquit, verba benignius interpretari, ut post mortem suam videatur testator ei libertatem reliquisse.* Contra cum multi impediendae libertatis causa, in tempus mortis ipsius servi ei libertatem darent, scripsit Julianus, libertatem nullius esse, cum impediendae magis, quam dandae libertatis gratia tempus mortis adjiciatur. *l. ult. in princ. ff. eod.*

Enimvero ut in proposita quaestione 2
dicam, quod sentio. Si tempus mortis intelligamus esse individuum, illud instans, quod inter vitam et mortem intercedit, verissima mihi videtur sententia Platonis, id nec vitae, nec morti tribuendum. At hoc vere tempus non est: quoniam quantum non est, nec dividuum: sed duo tempora vitae, mortisque jungit atque connectit. Si vero tempus extremum vitae intelligamus, quo a vita discedimus, et anima a corpore separatur (nihil enim est mors, nisi solutio et discessus animae a corpore, ut recte, definit Plato in Phaedone) utique verissima est nostrorum sententia: tempus hoc vitae dandum esse. Etenim qui aliunde discedit, ibi est, unde discedit: neque enim posset inde discedere, nisi esset ibi. Igitur cum anima discedit a corpore, necesse est, ut sit in corpore, a quo discedit ac separatur. Viventes enim morimur, non mortui: neque enim mortuus potest mori, nec anima a corpore separata potest amplius ab eo separari. Quamobrem tum rationi, tum etiam veritati maxime consentanea est opinio Jurisconsultorum, tempus extremum hominis vitae tribuendum.

Hoc stabilito ac fixo, cujus effecta 3
indicamus in superiore, videamus, an unquam aliter responderint veteres Jurisprudentes. Occurrit autem primo, quod scribit Papinianus in *l. ventre praeterito* 84. *ff. de acquir. vel omit. hered.* ubi proponit hujusmodi quaestionem. Pater ventre praeterito filium heredem instituit: filius pleno ventre decessit. Ait, *iniquum esse filium decedentem heredi suo relinquere nihil, et ideo decreto Praetoris ei succurrendum.* Decreto succurrit Praetor, cum jus deficit *l. scriptus* 12. *ff. de Carbon. edicto l. et mulieri ff. de curat. furios.* Ergo filius moriens pleno ventre non succedit patri: et tamen ultimo vitae momento certum fit, patrem intestatum decessisse, adeoque ei delatam esse hereditatem, et eodem

momento eidem acquisitam *l. si filius* 16. *ff. de liber. et posthum.* quam in superiore uberius. Ergo Papinianus non putavit extremum tempus vitae filii tribuendum.

4 Confugiunt plerique ad primum casum laudata *l. si filius*, et fingunt etiam in *l. ventre praeterito* datum fuisse filio vel substitutum, vel coheredem, a quibus testamentum sustineatur, nec vivente ad huc filio destituatur, ut possit ab intestato succedere. Mera mehercule divinatio. Mihi sane exploratum est, ibi a Papiniano propositam quaestionem tractari de jure praetorio, non autem de jure civili. Ita prorsus est, et multa sunt, quae mihi persuadeant: 1. quia Papinianus proponit quaestionem de filio emancipato, vel extero: Ibi *ventre praeterito, si filius, qui fuit emancipatus, vel exter heres institus sit*: atqui filius emancipatus, jure civili non succedebat, sed solum jure praetorio per bonorum possessionem §. *emancipati inst. tit. de hered. quae ab intest. l. sed. cum* 6. §. 1. *ff de bonor. possess. l. liberi* 4. *ff. si tab. testam. null. extab. l. ult.* §. 1. *C de legit. hered.* 2. quia in fine legis perspicue declarat, se agere de successione praetoria. Ibi: *ideo decreto filio succurrendum est.* Decreto autem a Praetore succurritur, quoties deficit edictalis bonorum possessio, et filio non defertur ex edicto Praetoris successio: urget tamen aequitas et naturalis ratio, quae dictat eum auxilio Praetoris indignum non esse ut in *l. illud* 4. §. *ult.* et in *l.* 5. *ff. de bon. posses. contra tab. l. si duobus* 14. §. *ult. ff. eod l.* 7. *in princ. et in* §. *si pupillus l. decessit.* 8. *in ff. de Carbon. edict.* Deficit hic bonorum possessio edictalis, ut mox probavimus: et iniquum est, videlicet contra Praetoriam aequitatem, filium privari beneficio Praetoris, quod omnibus elargitur. 3. quia cum Papinianus nominat filium in potestate retentum, ut declaret, quantum ab eo differat emancipatus, ait: *sed si vacuo ventre mulier fuit, et incerto eo filius in familia retentus vita decessit, heres fuisse intelligitur: emancipatus, aut exter non aliter possunt hereditatem acquirere, quam si non esse praegnantem sciant.* Rectissime. Nam suus heres fit heres ipso jure sine ullo facto proprio, etiam ignorans statim ac certum esse incipit, eum heredem futurum, sive posthumus nascatur, sive non nascatur, *l. si filius* 16. *in fin. ff. de lib. et posthum. l. cum quidam* 30. §. *suum ff. de acquir hered. l. illud* 4. *ff. de petit. hered.* ut in superiore fusius exposuimus. Contra emancipatus, aut exter: cum non possint acquirere hereditatem, nisi eam adeant, neutrum facere possint, nisi certum sit, sciantque mulierem non esse praegnantem, quia quamdiu rumpi potest testamentum, ex eo non defertur hereditas, nec adiri potest *l. quidam* 30. §. 1. *et* §. *sive igitur ff. de acquir. vel. omit. hered. l.* 4. *in fin. ff. de bonor. poss. contra tab. l. qui uxorem* 15. *in fin. l si ego* 19. *in fin. ff. de injust. rupt.* Tractatur igitur in hac lege quaestio principalis, ac praecipua de extero et emancipato, cui decretum est necessarium *l.* 4. *in fin. ff. de bon. posses. contra tab.* Ibi; *quod maxime necessarium in filio emancipato scripto herede, qui hereditatem interim adire potest;* non vero de filio in potestate, cui non est necessarium, qui de jure civili heres fuisse intelligitur *d. l. ventre l. cum. quidam* 30. §. *suum ff. eod. illud ff. de petit. hered.*

Atque reclamat vir imprimis acutus et doctus, *Bartholomaeus Chesius lib.* 2. *interp. cap.* 9. qui animadvertit, quod si suus succederet jure civili, nulla esset necessitas iniquitatis illius emendandae, quod filius heredi suo relinquat nihil. 5

Sed non observavit vir apprime in legibus interpretandis eruditus, in hac eadem quaestione iisdem verbis usum fuisse etiam Paulum in *l.* 4. *ff. de bon. poss. contra tab. quia iniquum est, neque quasi scriptum petere posse bonorum possessionem, quamdiu contra*

tabulas peti potest : neque contra tabulas, quamdiu non nascitur praeteritus ; ut et si ante moriatur, bonorum possessionis beneficium ad heredem transmittat. Fusius explicat Paulus, quod pressius dixerat Papinianus. Nimirum cum Praetor ex aequitate bonorum possessionem introduxerit §. *quos autem in fin. inst. tit. de bonorum poss. l. sed cum patrono* 6. §. 1. *in fin. ff. eod.* et hoc beneficium omnibus largiatur, non solum his, qui a jure civili vocantur ad hereditatem, sed etiam his, qui non vocantur §. 1. *et* 3. *inst. eod l.* 1. *ff. quis ordo in bon. poss. l.* 1. §. *sed videndum* 11. *ff. de succes. edict.* iniquum esset, hoc beneficium liberis denegare, quorum prima semper causa successionis est, tum de jure civili, tum de jure praetorio. Et cum in proposita questione filio non competat ex edicto bonorum possessio, neque secundum tabulas, quia ei non defertur successio ex testamento, quod rumpi potest agnatione posthumi, neque contra tabulas, quia est institutus, instituto autem non datur contra tabulas, nisi alius committat edictum *l.* 3. §. *si quis ex liberis* 11. *ff. de bon. poss. contra tab. l.* 4. *ff. eod.* Praetor ex bono et aequo ei succurrit, dando decretalem bonorum possessionem, quae datur deficiente edictali, ut diximus supra. Cum enim filius, sive suus, sive emancipatus, futurus sit heres patri, tam si nascatur, quam si non nascatur posthumus *d. l. ventre praeterito ff. de acquir. hered l. si filius* 16. *ff. de liber. et posthum.* abhorret a Praetoris aequitate eum privare suo beneficio ut non transmittat ad heredes suos successionem praetoriam, quam omnino habiturus esset, si viveret. Et hoc est, quod iniquum dicitur tam in *d. l. ventre* 48 quam in *d. l.* 4. Emendat igitur Praetor, decernendo bonorum possessionem filio vel emancipato vel suo, iniquitatem edicti, quod hunc casum minime comprehendit ; non iniquitatem juris civilis. Quamquam in emancipato, qui a jure civili excludebatur a successione, corrigit etiam iniquitatem juris civilis §. *emancipati inst. tit. de hered. quae ab intest. l. sed cum patrono* 6. §. 1. *in fin ff. de bonor. posses.* Propter emancipatum igitur praecipue datur haec bonorum possessio, cui est maxime necessaria *d. l.* 4. *in fin.* sed quia Praetor omnes liberos eodem jure habet, tam suos, quam emancipatos; rescissa capitis diminutione *d. l. sed cum patrono* 6. *et. d.* §. *emancipati in fin.* idcirco hoc beneficium etiam suo heredi communicat maxime, quia eadem est in utroque ratio *d. l. ventre* 84. *in fin.*

Non tamen filio instituto dat bonorum possessionem secundum tabulas, sed contra tabulas, perinde ac si posthumus jam natus esset; quo casu ipsi bonorum possessio daretur contra tabulas, eaque commisso statim edicto competeret etiam filio instituto, sive posthumus eam peteret, sive omitteret, *l. nonnunquam* 14 *et l. seq.* §. 1. *ff. de leg. praest l. si post mortem* 10. § *ult. ff. de bon poss contr. tab.* Fingit autem Praetor potius natum fuisse posthumum, quam mortuum antequam nascatur, tum quia hoc humanius est, atque ejus aequitati magis consentaneum, tum quia, qui in utero est, fere semper pro jam nato habetur *l. penult. ff. de stat. hom. l. cum quidam* 30. §. 1. *in fin. ff. de acquir. hered. l. sed. etsi ad tempus* 20 *ff. ad SC. Trebell.* ubi de transmissione, de qua hic agimus. 6

Neque cuiquam scrupulum injiciat, quod nec emancipato quidem necessaria videatur decretalis haec bonorum possessio, cum ei competere possit etiam edictalis contra id, quod statuit Paulus in *d. l.* 4. Etenim bonorum possessio etiam ab alio agnosci potest nostro nomine *l.* 3. §. *acquirere ff. de bon. poss. l. bonorum* 7. *C. qui admitti*: secus ac hereditas *l. per procuratorem* 90. *ff. de acquir. hered.* Potest igitur filius ultimo vitae momento bonorum possessionem acquirere, argumento text. *in l. si ejusmodi* 5. *ff. de hered. instit.* in *l. si filius* 16 *ff. de lib. et posth.* in *l. ult. ff. de cond. inst.*

8 Porro hunc scrupulum evellere tam est in proclivi, quam imber, quando pluit. Bonorum possessio non acquiritur ipso jure ignoranti et invito, quemadmodum hereditas, quia est a Praetore, non a lege §. *quos autem inst. de bonor possess.* ideo peti, agnosci, accipi debet a Praetore vel judice *l. ult. C. qui admitti.* Non agnita et accepta, non acquiritur nequidem suis heredibus ut perspicue colligitur ex *l. 1, §. ibidem 8. D. de collat. bonor. ex d. l. ventre* 84. et ex *d. l.* 5. et probe errant, qui contra sentiunt. Nec ad rem facit, quod ab alio peti atque agnosci possit pro filio, cum moritur: tum quia non sufficit eam agnosci potuisse, si non fuerit agnita: tum quia etiam si fuisset agnita, nihilominus filio non fuisset acquisita, quia eo tempore non potuit eam acquire *d. l.* 3. §. *acquirere D. de bon. poss.* Ad acquisitionem igitur requiritur factum acquirentis, ideoque non potest. filio acquiri postremo vitae momento ut clare probant illae ipsae leges, quae opponuntur.

9 Jam vero eo, unde discessimus, regrediamur. Contra regulam initio propositam opponi potest solutio quaestionis a Papiniano expositae in *l. ult. D. de condit. instit.* In fine ejus legis haec Papiniani verba referuntur. *Neque enim filius videretur obstetisse, post cujus mortem patris testamentum destituitur: quemadmodum si exheredato eodem filio, nepotes, cum filius moreretur, fuissent instituti.* Ergo conditio illa, *cum filius morietur*, existit post mortem ipsius filii, adeo tempus mortis non vitae tribuitur, sed morti.

Quis hunc scopulum tuto ac sine prolapsione praetervehet, cum ipse Cujacius coactus fuerit ipsum abscindere, additis, mutatis, demptis quibusdam verbis pro arbitrio contra fidem omnium codicum et manuscriptorum? Quantum attinet ad regulam, quam, explicamus, ea omnino subvertitur verbis Papiniani, nisi detrahantur illa verba: *cum filius moreretur*, quae opportune detrahit Cujacius. Nam si nepotes sunt instituti, cum filius morietur, et nihilominus filius non obstat nepotibus, et post mortem ejus destituitur testamentum, palam est, conditionem illam, *cum morietur:* significare tempus post mortem. Verumtamen in hac sententia non fuisse Papinianum, pro certo habeo; sunt enim falsa omnia. Falsum, quod verba referantur ad tempus post mortem, et conditio illa non existat in vita filii, ut in superioribus demonstratum est oppido luculentur. Falsum, quod in proposita specie testamentum destituatur. Etenim vel exheredatio illa pro pura accipienda est: vel pro conditionali. Si pura est exheredatio, nulla causa est cur heredes instituti non debeant ad hereditatem admitti, ac propterea testamentum non destituetur, nisi repudiaverint Si conditionalis est exheredatio, ea nullius est momenti, adeoque testamentum non valet ab initio, cum filius in eo praeteritus sit *l. sed si sub conditione* 18. *ff. de bonor. possess. contra tab. l.* 3. §. 1. *ff. de liber. et posth.* et in nostra specie ita respondit Julianus in *l. si ita scriptum* 13 *ff. eod. in §. ultimo. Testamentum, quod hoc modo scribitur: Titius post mortem filii mei heres esto, filius exheres esto, nullius momenti est; quia filius post mortem suam exheredatus est.* Ergo si heredes in nostra specie sunt instituti post mortem filii exheredati, testamentum nullius est momenti. Quid ergo dicemus?

Ego, qui non facile adducor, ut leges violem eas corrigendo et emendando, hac in re a Chesio minime dissentio: nec ausim negare, Papinianum hic proposuisse et comparasse casum dissimilem, atque contrarium docendi gratia, non autem similem suae opinionis confirmandae causa. Moveor, quia comparatio, quae fit per particulas, *quemadmodum, quomodo, sicut*, ut saepissime quidem copulet res similes, saepe tamen diversas atque contrarias, ut docet Valla *Elegantiar lib.* 2. *cap.* 54 Cicer. *lib.* 1. *de invent. Similitudo autem in contrariis*

et paribus spectatur. In contrariis hoc modo etc. et lib. 2. *postea comparare oportebit cum beneficio maleficium.* Comparationis, quae fit ex contrariis, plura exempla vide in *Topic. non longe a fine* Ibi : *specie autem comparantur etc. et* in *Orat. pro Muraen.* ubi Servium JC. Muraense duci comparat ibi : *vigilas tu de nocte etc.* et in Verr. *lib.* 3. *ubi de frumento in exordio*, ubi Verrem Mummio comparat, et alibi passim. Quamobrem ambigua est oratio. Maxime vero cum primum membrum comparationis habet negationem. Tunc enim ambiguum et incertum est, an negatio intelligi debeat in secundo membro repetita, an vero omissa. Planius id explicabo. Ait Papinianus. *neque enim filius videtur obstitisse : quemadmodum, si exheredato eodem filio etc.* Si repetitam intelligamus negationem, dicendum ita : quemadmodum non videretur obstitisse, si filio exheredato etc. et hoc modo particula *quemadmodum* indicat casum similem. Si vero eam repetitam non intelligamus, sed omissam, sicut vere omissa est, indicabit casum contrarium hoc modo, *neque enim filius videtur obstitisse, quemadmodum obstaret si eodem filio exheredato etc.* Si ita dixerit : filius emancipatus non acquirit patris hereditatem, quemadmodum suus heres, utique non affirmo esse similes in acquirendo, sed dissimiles. Dixi paulo ante, bonorum possessio non acquiritur suo heredi ignoranti et invito, quemadmodum hereditas : utique hoc volui significare, hereditatem suo heredi acquiri ignoranti et invito : non autem id negare, sicut in primo membro negavi de bonorum possessione. Finge Fabium Maximum, cum suadebat AEmilio Paulo, ne pugnaret cum Annibale, ei dixisse, cave ne pugnes cum Annibale, quemadmodum L. Flaminius ad Trasymenum His verbis affirmasset, non negasset L. Flaminium ad Trasymenum pugnasse. Luc. in Evangel. c. 18. *vers.* 11. *Non sum sicut caeteri homines raptores, injusti, adulteri, velut etiam hic publicanus.* Non negat hunc publicanum, caeterosque homines esse raptores, injustos etc. quod de se negat, de illis affirmat. Cic *de Amicit. Non sicut vulgus, sed ut eruditi solent appellare sapientem.* Plaut in *Mostell. Non omnes possunt olere unguenta exotica, sicut tu oles.* Cic. in *Topic. Non quemadmodum, quod mulieri debes, recte ipsi mulieri sine tutore auctore solvas : ita quod pupillae, aut pupillo debeas, recte possis eodem modo solvere.* Haec oratorie : si autem docendi gratia brevius iisdem fere verbis exprimere velis, ita efficere possis. *Non recte pupillae, aut pupillo sine tutore auctore solvas, quemadmodum. mulieri* Eadem forma dicendi usus est Papinianis in laudata *l. ult.*

FINIS LIBRI QUARTI.